



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

HELAINÉ BRESSAN DE MENDONÇA

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E
ADOLESCENTE À LUZ DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS**

JUIZ DE FORA
2010

HELAINÉ BRESSAN DE MENDONÇA

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E
ADOLESCENTE À LUZ DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Fundamentais e Hermenêutica Jurídica.

Orientador: Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

**JUIZ DE FORA
2010**

HELAINÉ BRESSAN DE MENDONÇA

A Efetividade dos Direitos Fundamentais da Criança e Adolescente à Luz das Ações Civis Públicas

Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Nome dos membros da banca examinadora:

Luciana Gaspar Melquíades

Universidade Federal de Juiz de Fora

Nome do orientador:

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho:

Universidade Presidente Antônio Carlos

Nome do membro interno da banca

Aloizio Gonzaga Andrade Araújo

Universidade Presidente Antônio Carlos

Aprovada em 17/02/2011.

Dedico à minha filha Heloísia ao meu marido Sílvio pela tolerância e paciência nas minhas ausências;

À minha mãe Rita e irmão Ivan pela compreensão e ajuda;

À minha segunda mãe, tia Maria de Lourdes;

Ao meu pai Ivan com amor e carinho.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Nossa Senhora pela superação dos momentos difíceis.

Agradeço ao meu Orientador Nuno pela paciência e orientação.

“O que se espera é que as conquistas obtidas pela dedicação de muitos em favor da infância e da juventude desvalidas tenham mais valor do que as demagogias legislativa e jurídica, que, impressas em um pedaço de papel, não alcançam o mundo real.” Cláudia Zard

RESUMO

A Constituição da República do Brasil de 1988 atribuiu aplicabilidade imediata às normas de direitos fundamentais. Em relação aos direitos fundamentais da criança e adolescente, a Constituição também define a obrigatoriedade de prioridade absoluta sendo co-responsáveis o Estado, sociedade e família. Ocorre que a positivação de tais direitos não confere por si só a realização dos mesmos, é necessária a utilização de mecanismos para torná-los eficazes. O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei 8.069 de 1990, regulamentou o artigo 227 da Constituição acerca destes direitos, viabilizando vários meios de defesa e prevendo a realização das políticas públicas, posto que mesmo diante da regulamentação, ainda há uma deficiência muito grande em relação ao cumprimento dos respectivos direitos pelo Poder Público. Diante do atual quadro, o Ministério Público, mediante ações civis públicas, tem pleiteado o cumprimento dos direitos infanto-juvenis ao Poder Judiciário, buscando a efetiva concretização, seja no controle das políticas pública (judicialização da política) ou no controle dos atos administrativos, o que diretamente afeta a questão orçamentária. Neste momento, depara-se diante de questões como: Uma vez que a maioria dos direitos fundamentais da criança e adolescente são normas que prevêm programas de governo para sua concretização, os cidadãos, em geral, assim como o Ministério Público, têm o direito de exigir judicialmente a aplicabilidade destas normas? Ocorre violação ao princípio da separação dos poderes no controle das políticas públicas pelo Judiciário? Diante de omissão legislativa, pode o Judiciário decidir o caso concreto estabelecendo limites para aplicação do direito? Como têm os tribunais interpretado tais questões e decisões judiciais? Diante das decisões dos tribunais, nesta última década, verificou-se a mudança crescente, embora ainda tímida, no posicionamento a respeito do controle das políticas públicas pelo Judiciário e efetividade destes direitos, sendo tal mudança favorável à admissão da judicialização da política para a concretização destes.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Concretização. Criança e adolescente. Ação civil pública. Separação dos poderes. Judicialização da política.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Brazil in 1988 gave immediate applicability to the standards of fundamental rights. In relation to the fundamental rights of children and adolescents, the Constitution also defines the mandatory priority is co-responsible for the state, society and family. It happens that the concretization of such rights does not itself confer their implementation requires the use of mechanisms to make them effective. The Status of Children and Adolescents, Law 8069, 1990, regulates Article 227 of the Constitution of these rights, enabling a number of defenses and providing for the attainment of public policy, since even before the regulation, there is still a very large relative deficiency the fulfillment of their rights by the Government. In today's framework, the Public Ministry, public civil actions, has pleaded compliance with the rights of children and young people to the judiciary, seeking the effective implementation, is in control of public policy (legalization of politics) or in control of administrative acts, which directly affects the budget question. Right now, faced toward questions such as: Since the most fundamental rights of children and adolescents are standards that require government programs for their implementation, citizens in general as well as prosecutors, are entitled to compel those standards? Occurs violation of the principle of separation of powers to control public policy by the judiciary? Faced with legislative omission, the courts can decide the case by establishing limits on law enforcement? As the courts have interpreted these issues and court decisions? Given the courts' decisions in the last decade, there has been a growing change, although still modest, at about the positioning control of public policies for the judiciary and the effectiveness of these rights, and such change in favor of admission of the legalization of politics to achieve these.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Achievement. Child and adolescent. Class actions. Separation of powers. Legalization of politics.

LISTA DE SIGLAS

Abrinq - Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos
AI-5 - Ato Institucional de nº 5
CEDCA - Conselhos Estaduais da Criança e Adolescente
CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas
CMDCA - Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e Adolescente
CONANDA - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e Adolescente
ECA - Estatuto da Criança e Adolescente
Funabem - Fundação do Bem-Estar do Menor
LICC - Lei de Introdução ao Código Civil
MEC - Ministério da Educação e Cultura
MNMNR - Fundação Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua
ONU - Organização das Nações Unidas
MP - Ministério Público
RE - Recurso Extraordinário
SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Sócio-Educativo
STF - Supremo Tribunal Federal
STJ - Superior Tribunal de Justiça
SUS - Sistema Único de Saúde
UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
----------	-------------------------	-----------

2	DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
2.1	Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais: delimitações terminológicas.....	14
2.2	Constitucionalismo e os direitos fundamentais.....	22
2.3	Constitucionalismo no Brasil.....	44
2.4	As dimensões dos direitos fundamentais.....	53
2.4.1	Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	55
2.4.2	Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	55
2.4.3	Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	57
2.4.4	Direitos fundamentais de quarta dimensão.....	59
2.4.5	Direitos fundamentais de quinta dimensão.....	60
3	EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	61
3.1	Proteção dos direitos fundamentais à luz da supremacia e da interpretação da Constituição.....	61
3.2	Direitos fundamentais de segunda dimensão: Normas programas sem vinculação do Poder Público, sem eficácia, à luz da interpretação constitucional do século XX.....	64
3.3	Eficácia jurídica, social e aplicabilidade dos direitos fundamentais à luz da interpretação atual das normas constitucionais programáticas.....	67
3.4	Eficácia jurídica dos direitos fundamentais da criança e adolescente e princípio da separação dos poderes.....	68
3.5	Cidadania consciente: A legitimação do Estado Democrático.....	80
4	DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA DE ADOLESCENTE.....	87
4.1	Da concepção e proteção dos direitos da criança e do adolescente.....	87
4.2	Dos Conselhos da Criança e Adolescente.....	91
4.2.1	CONANDA.....	91
4.2.2	Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e Adolescente (CEDCA).....	93
4.2.3	Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e Adolescente (CMDCA).....	94
4.2.4	Conselhos Tutelares.....	95
4.3	Os direitos fundamentais da criança e adolescente na Lei 8.069 de 1990.....	95
4.3.1	Direito à vida e saúde.....	97
4.3.2	Direito à liberdade, respeito e dignidade.....	99
4.3.3	Direito à convivência familiar e comunitária.....	100
4.3.4	Direito à educação, cultura e lazer.....	101
4.3.5	Direito à profissionalização e proteção no trabalho.....	102
4.4	Da política de atendimento dos direitos da criança e adolescente.....	102
4.5	Medidas de proteção.....	106
4.6	Da ação civil pública.....	106
4.6.1	A atuação do Ministério Público através da ação civil pública.....	108
4.6.2	Legitimidade das pessoas jurídicas de direito público interno e das associações para propositura da ação civil pública.....	110

5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
	REFERÊNCIAS.....	114

1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 (Brasil 1990), regulamentou o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil 1988, detalhando a doutrina da proteção integral destes sujeitos e prevendo um sistema de corresponsabilidade ao determinar que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e a convivência familiar e comunitária”. O ECA também regulamenta novos mecanismos políticos, jurídicos e sociais necessários à sua efetivação, oferece garantias como a elaboração da política de atendimento, delimitação dos papéis do Poder Judiciário, Ministério Público (MP), advogados, definição de medidas de proteção sócio-educativas, entre outras.

Porém, ainda há um distanciamento entre o campo teórico e prático, ou seja, apesar da previsão legal de garantia de tais direitos, na realidade, grande parte destes não tem efetividade, assim, o direito de proteção e obrigatoriedade de políticas públicas voltadas para a infanto-juventude já existem no mundo jurídico, porém com deficiências nas suas aplicabilidades, seja pelo descaso na execução de tais direitos ou pela falta de recursos suficientes para desenvolver tais políticas.

Segundo a Constituição da República, artigo 227 e artigo 4º, parágrafo único, do Estatuto em epígrafe, a garantia dos direitos das crianças e adolescentes, obrigatoriamente, tem prioridade absoluta com preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção, posto que o Poder Público flagrantemente descumpra tais preceitos.

Na falta de cumprimento dos dispositivos citados acima, a sociedade e o Ministério Público têm exercido seu direito de ação, buscando efetividade de tais direitos mediante o Judiciário, como alternativa para forçar o Estado a cumprir seu dever atribuído pela legislação. Embora muitas decisões judiciais ainda insistam em adotar a teoria clássica de interpretação na separação absoluta de poderes não interferindo nos atos administrativos, o Judiciário já vem se posicionando, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF), seu órgão de cúpula, no sentido de adotar a separação relativa, típica dos Estados democráticos e adequada para garantir a limitação dos poderes e o cumprimento dos direitos fundamentais.

Diante do quadro social dramático envolvendo a situação das crianças e adolescentes no Brasil, a presente pesquisa buscará analisar a efetividade destes direitos diante do contexto social e político contemporâneo.

As crianças não votam, não têm capacidade civil plena, e não possuem assim legitimidade *ad processum* para defenderem seus interesses são, portanto, claramente mais vulneráveis e têm seus direitos ameaçados e violados repetidas vezes mesmo diante de proteção conferida pelo legislador federal.

Importante é a atuação do MP neste contexto, por ter legitimidade para defender tais direitos através das ações civis públicas, uma vez que a lei por si só não transforma a realidade social, tal possibilidade se dá apenas através de mecanismos que tornam estes direitos eficazes.

Segundo Bobbio (1992, p. 25):

(...) o momento é o da concretização dos direitos, pois aquele da proclamação já passou, ficando a tarefa, que ainda hoje se cumpre, de tentar afirmá-los como realidades, de tentar inseri-los no cotidiano das pessoas, absolutamente reais, fisicamente concretas, materialmente existentes.

Ainda segundo Bobbio (1992, p.25):

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

A não efetividade dos direitos da criança e do adolescente é causada também pela ignorância da população de não saber quais são esses direitos e, principalmente, quais são os meios adequados para sua efetivação, a forma de acesso ao judiciário se necessário, e de cobrar do Poder Executivo o desenvolvimento de políticas públicas destinadas à concretude dos direitos sociais, inclusive da criança e adolescente.

Mister se faz a possibilidade da utilização das ações civis públicas como instrumento que visa garantir estes direitos, sejam os previstos na Constituição, ECA ou leis específicas como o Código Civil de 2002.

No decorrer dos estudos, partiremos do surgimento dos primeiros direitos fundamentais do homem e das primeiras Constituições escritas, fazendo uma análise do constitucionalismo para identificarmos primeiro o que são direitos fundamentais e como têm sido garantidos de formas diferentes na história social, para que depois possamos entender a obrigatoriedade, a eficácia jurídica e social no cumprimento dos direitos fundamentais da

criança e adolescente. Ainda, de forma breve, comentaremos sobre as dimensões dos direitos fundamentais diante das novas necessidades sociais e a programaticidade das normas sociais, o que implica a tutela judicial de tais direitos. Não obstante, faz-se também relatar sobre a interpretação do princípio da separação dos poderes, para analisarmos a questão da possibilidade do controle judicial sobre as políticas públicas, fenômeno que se atribui o nome de judicialização da política, utilizando decisões judiciais concretas como forma de corroborar. Sem esgotar o assunto, destacaremos pontos importantes da tutela dos direitos das crianças e adolescentes, a formação de Conselhos nos quatro entes federados para promoção e garantias dos direitos infanto-juvenis, assim como a importância das ações civis públicas e decisões judiciais para esta tutela.

A pesquisa a ser desenvolvida vai ao encontro da linha de pesquisa oferecida por este mestrado, qual seja pessoa, direito e efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo pelo seguinte:

Trataremos das divergências doutrinárias acerca da interpretação dos direitos fundamentais; abordaremos a situação e classificação destes direitos no Estado liberal, social e democrático; enfocaremos os direitos fundamentais da criança e adolescente acerca da sua efetividade na sociedade contemporânea mediante o quadro político e jurídico atual; analisaremos a forma de efetivação destes direitos através das ações civis públicas e a judicialização da política.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais: delimitações terminológicas

Bonavides faz a seguinte pergunta: “Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?”¹

Ainda para designar estes direitos, encontramos expressões como direitos do homem e do cidadão, direitos humanos, direitos naturais, direitos individuais, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos da personalidade, mas sendo consagrada a denominação direitos fundamentais por vários motivos.

Temos diversas teorias que procuram justificar a origem dos direitos do homem e fundamentais, das quais destacaremos três. Neste primeiro momento, não poderíamos deixar de trazer à tona os ensinamentos de Bobbio o qual analisa a discussão sobre direitos do homem como direitos históricos.

Partiremos de uma análise sobre os pontos de vista doutrinários, buscando distinguir direitos do homem, humanos e fundamentais.

Para Bobbio (1992, p.17):

Direitos do Homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.
(...) Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para desenvolvimento da civilização, etc.,

Concordamos com Bobbio (1992) quanto às divergências interpretativas, como causas de polêmicas sobre o que realmente seria o aperfeiçoamento da pessoa humana ou desenvolvimento da civilização. Mas, desacreditando que o ser humano atinja a perfeição absoluta e o mais alto grau de desenvolvimento da civilização, pois sempre terá algo a se conquistar e, com isto, o desenvolvimento absoluto estará sempre em deficit. Busca-se a perfeição, mas a própria busca a torna inatingível, assim, temos a interdependência entre direitos fundamentais e sociedade, em que sempre ocorrerão multiplicações de direitos com mudanças sociais, cuja fundamentação e proteção se tornam cada vez mais difícil.

Trazemos os ensinamentos de Bobbio (1992, p. 68):

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed.. São Paulo: Malheiros, 2006. 560 p.

Irei me deter em particular no segundo processo, o da multiplicação, pois ele se presta melhor a algumas considerações sobre as relações entre direitos do homem e sociedade, sobre a origem social dos direitos do homem, sobre a estreita conexão existente entre mudança social e nascimento de novos direitos (...).

Esta multiplicação (ia dizendo “proliferação”) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais *status* do indivíduo. É supérfluo notar que entre esses três processos, existem relações de interdependência: o reconhecimento de novos direitos *de* (onde “de” indica o sujeito) implica quase sempre o aumento de direitos *a* (onde “a” indica o objeto).

Novas pretensões e necessidades sempre surgirão, ou seja, quanto mais se desenvolve a sociedade, mais a busca pelo aperfeiçoamento humano se torna inatingível, e quanto mais o homem aperfeiçoa-se, mais a sociedade se desenvolve.

Voltando ao assunto a que este capítulo se propõe versando sobre a delimitação terminológica dos direitos do homem, humanos e fundamentais, consideramos que as definições dos três são diferentes, sendo os primeiros, o rol de direitos inatos ao homem, ainda não codificados, de origem natural, expressão de origem jusnaturalista; já os segundos, seriam direitos positivados, sejam de origem natural ou positivada; e, os terceiros, os que estariam positivados nos tratados internacionais.

Para definir a origem dos direitos do homem, temos três teorias importantes, a saber, a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Para os jusnaturalistas, os direitos do homem seriam naturais, posto que a legitimação destes direitos fosse abordada por estes sob aspectos diferentes ao longo da história. Os direitos do homem como direitos naturais, na antiguidade clássica, eram explicados pelo jusnaturalismo cosmológico, através da dinâmica do próprio universo, na Idade Média, o que chamamos de teoria do jusnaturalismo teológico, os direitos naturais eram explicados através da divindade, da lei de Deus, ou vontade divina, a Igreja era grande aliada do Estado, legitimando o Rei como representante de Deus e acima das leis, em troca de liberdade e poder político. Com o Iluminismo², o jusnaturalismo passa a entender como direitos naturais, aqueles guiados pela razão. Assim, nos sécs. XVII e XVIII, nos seios das revoluções liberais burguesas, que os direitos do homem são explicados como naturais devido à razão humana universal. O ser humano é visto como ser vivo, diferente dos outros

² O Iluminismo foi o movimento de idéias que teve origem no século XVII, Inglaterra e Holanda, e se desenvolveu no século XVIII na França, onde alcançou sua fase áurea com a decadência do absolutismo, transformando-se em uma doutrina política e social, em que os iluministas defendiam que apenas com o uso da razão os homens atingiriam o progresso, em todos os sentidos, e um Estado Constitucional com poderes definidos e limitados, levando a burguesia a adotar uma postura crítica em relação ao Estado e questionar a legitimidade do poder deste.

por ter inteligência e ser racional, por isto não tinha apenas necessidades, mas também direitos que seriam inatos, e iguais, como direito à vida e liberdade, independente do momento histórico ou lugar, seriam direitos considerados do homem universal. O homem reconhecia o mundo dos valores e seus direitos naturais pela razão. Para o jusnaturalismo moderno, sécs. XIX e XX, certos direitos seriam básicos, inalienáveis, anteriores ao Estado, sendo que o fundamento do direito é o dever que se extrai do mundo ético. Assim o homem guiado pela razão visa proteger positivamente direitos absolutos ditados pelas leis imutáveis da natureza, válidos em todas as épocas e sociedades. Para esta corrente, os direitos do homem são pré-existentes, ou anteriores a própria idéia de positivação e Estado.

Para os positivistas, não existiriam direitos naturais, mas estes eram concedidos através da lei, apenas após a positivação destes direitos nas declarações de direitos e Constituições é que passariam a existir.

Porém, tanto o positivismo quanto o jusnaturalismo moderno não são mais tão absolutos em suas defesas, o que fez surgir o pós-positivismo, em que se admite uma corrente não excluir a outra, mas se complementam de forma a melhor explicar que os direitos do homem são valores inerentes, mas, uma vez trazidos para dentro do ordenamento jurídico interno do Estado, recebem o nome de fundamentais e, além destes direitos do homem positivados, os quais chamamos de fundamentais, também encontramos direitos fundamentais cuja origem realmente ocorreu com a positivação, porém que não passam de formas diferentes de garantias dos direitos do homem, ou ainda, extensão dos próprios direitos fundamentais de primeira dimensão, provenientes das necessidades sociais da época, o que chamamos de segunda, terceira e quarta dimensão de direitos.³

Acreditamos que a positivação dos direitos do homem só surge para garantir direitos inatos que já foram violados, uma vez que podemos dizer que não existe um direito do homem positivado antes de sua violação. Esta garantia através da positivação dos direitos do homem é o que chamamos de direitos fundamentais, ou seja, os direitos do homem por serem inatos seriam iguais para todos os povos, a sua forma de tutela é que se diferencia entre estes, acreditando assim que estes direitos são relativos em sua forma de efetivação, pois os Estados os garantem de acordo com seus costumes refletidos nas Constituições. Importante lembrar que os direitos fundamentais têm como base o princípio da dignidade da pessoa humana, mas

³ Concordamos acerca da existência das dimensões de direitos, da qual falaremos em outro momento, mas só há que se falar no assunto para direitos positivados, ou seja, apenas os direitos fundamentais têm suas dimensões, os direitos do homem não se classificam em dimensões uma vez que são universais, e pré-existentes. As formas de garantias do direito à vida e à liberdade é que de acordo com a época e necessidade se ampliam ou modificam.

o que seria dignidade humana⁴? Também é conceito subjetivo e relativo, pois poderíamos dizer que, hoje, não temos uma definição universal, pois as necessidades e os costumes ainda são muito variáveis de Estado para Estado, sociedade para sociedade, por exemplo, a dignidade de uma pessoa aqui, no Brasil, pode ser completamente diferente da dignidade nos países do Oriente Médio, o que reflete diretamente na diferença dos direitos fundamentais, ou na tutela dos direitos do homem.

Não podemos nos referir à positivação dos direitos inerentes ao homem, ou o que chamamos de direitos fundamentais, sem atentar para o plano histórico e social, para as diversas acepções culturais acerca do direito positivado, admitindo uma justiça variável no tempo e no espaço e reconhecendo a relatividade no conceito de justiça, repelindo-se a idéia de uma justiça imutável para aceitar uma justiça relativa. Assim o direito justo sofrerá variações no tempo e no espaço de acordo com as exigências valorativas da sociedade, pois o que é justo em um Estado para seu povo, pode não ser para outro.

Direitos do homem seriam direitos inatos, de sua natureza, necessários para sua sobrevivência com dignidade, e que fundamentais seriam estes direitos de forma positivada que garantiriam esta sobrevivência. E é nesta positivação que se torna difícil a universalização de formas de garantias e efetivações de tais direitos, por interferências de época, costumes e sociedade. Os direitos inatos são universais e iguais a todo ser humano, mas a sua fundamentação é relativa.

Justificamos o entendimento jusnaturalista cosmológico, ao qual aderimos, para apenas dois tipos de direitos, os quais consideramos inatos, quais sejam, direito à vida e a liberdade⁵, passando a dispor: todo homem, biologicamente, de acordo com as leis da

⁴ A doutrina cristã foi responsável pelo surgimento da noção de dignidade no mundo ocidental ao definir o conceito de pessoa humana como ser dotado de dignidade por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Na doutrina kantiana, pioneira no conceito moderno de dignidade, todos os seres humanos são igualmente dignos sendo que o que o diferencia de outro animal é sua racionalidade, o fato de existir com fim em si mesmo, não podendo ser usado como meio do Estado para alcançar os objetivos deste. O homem não serve ao Estado, mas sim ao contrário. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948, afirma em seu primeiro parágrafo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Também o preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia⁴, proclamada em Nice, em 7 de dezembro de 2000, declara que a União repousa sobre os valores indivisíveis e universais da dignidade humana, ainda instituindo que “dignidade da pessoa humana não é apenas um direito fundamental em si, mas constitui a própria base dos direitos fundamentais. Assim os direitos fundamentais se baseiam no reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

⁵ Não consideramos o direito a igualdade como direito do homem, mas como direito fundamental, pela lógica da exposição, uma vez que todo homem nasce da mesma forma e se não houver interferência humana tem seu tempo de vida guiado pela natureza, assim como nascem livres, porém naturalmente os homens nascem diferentes, os mais fortes fisicamente, na Pré-História, provavelmente sobreviviam mais, assim como os que tinham melhor saúde. Assim, pensamos que a igualdade não é direito inato, mas fundamental por ser a positivação de um direito para proteger a vida e a liberdade, se assim não fosse os mais fortes continuariam escravizando e matando os mais fracos, violando o direito inato à vida e à liberdade. Para a doutrina naturalista

natureza, nascem da mesma forma: concepção, gestação, rompimento da bolsa, expulsão do feto pelo organismo da genitora e nascimento. Sem qualquer interferência humana ou guiada apenas pela natureza, ele vive segundo a vontade desta e de acordo com suas condições físicas de saúde, ou de força para sobreviver, alimentando-se e se defendendo em um mundo predador natural. Então partiremos da premissa de que todos, sem interferência de atos humanos, têm direito à vida até quando determinar a natureza, ou seja, este direito seria natural do ser humano. Na linha deste raciocínio, defendemos o direito de liberdade também como inato, pois, no momento do nascimento, para que a vida tenha sua seqüência natural, ocorre o corte do cordão umbilical, uma vez que, a partir deste momento, o homem não precisará dele para sobreviver ou se alimentar. Assim entendemos que todos os homens são naturalmente livres por serem naturalmente pessoas independentes, separadas umas das outras.

No início dos tempos, na Pré-História, todos nasciam e viviam segundo a “vontade da natureza” e eram livres. No entanto, a partir do momento que o ato humano interfere na natureza, ele modifica o curso normal desta vida e desta liberdade, ou seja, o próprio homem passa a violar o direito à vida alheia e liberdade, concedidos pela natureza.

Vale lembrar que consideramos direitos do homem, vida e liberdade, como inatos, e os direitos fundamentais, a proteção positivada destes direitos, sendo assim, tentaremos expor que os direitos do homem são pré-estatais através da utilização de um exemplo, os Dez Mandamentos da Lei de Deus, cuja origem se explica pela lei de Deus dada a Moisés como aliança do Dele com o povo de Israel e cujos relatos históricos identificam sua feitura há 4.000 anos a. C.. Citando dois mandamentos, temos disposto, ou o que poderíamos chamar de positivação de direitos, mesmo que escrito em pedras e cuja coação era ainda apenas moral e religiosa, o direito à propriedade, quando diz que o homem não deveria cobiçar a casa de seu próximo, a mulher, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma de seu próximo e ainda previa que o homem não podia matar e nem roubar. Queremos com isto defender a idéia de que não existe direito do homem positivado sem antes ter sido violado. Quando já nos Dez Mandamentos da Lei de Deus se “positivava” o direito à vida e liberdade, condenando as atitudes de matar e roubar, era porque, naquele momento, era necessária tal proteção diante das violações que já ocorriam colocando a vida e liberdade em

com bases no cristianismo, todo homem seria igualmente digno por ser imagem e semelhança de Deus, na doutrina de Kant, todos os homens seriam igualmente dignos de respeito por serem seres racionais e possuírem fim em si mesmo.

xeque, daí a idéia de serem tais direitos anteriores ao próprio Estado, se é que, naquela época, já poderíamos chamar as sociedades políticas de Estado.

Então o homem nasce e se liberta do cordão umbilical, direito inato à vida e liberdade. O homem percebe que é mais fácil vencer os desafios do mundo quando passa a conviver em grupos, o que leva à distribuição de tarefas (trabalho) e direito de propriedade, o qual entendemos ser uma decorrência da proteção do direito à própria vida e liberdade, pois assim terá lugar para se esconder dos fenômenos naturais e dos ataques de animais e até de outros homens e grupos. Então a propriedade e sua defesa já é um ato humano interferindo na natureza. A partir do momento que o homem passar a viver em grupos, renuncia a própria liberdade absoluta para obedecer a regras sociais, “a liberdade-direito” desaparece para dar lugar à idéia de “liberdade-dever”⁶. Passa também a defender o território destes grupos, a propriedade, o que conseqüentemente se desemboca em guerras pela briga da mesma, tendo a escravidão como punição dos grupos conquistados, passando para uma nova fase de organização e produção. Daí para frente, a sociedade evolui e transforma várias vezes quanto este modo de organização e produção. Mas, o que queremos dispor, afinal, é que sejam os grupos antigos, as sociedades políticas do mundo antigo, medieval, moderno ou contemporâneo, só há positivação de um direito após sua violação, assim a primeira positivação veio de violações de direitos já existentes, não há como falar em surgimento de direitos do homem após a positivação, uma vez que a positivação foi justamente para garantir que a violações cessassem.

Para Bonavides (1996, p. 40):

O indivíduo, titular de direitos inatos, exercê-los-ia na Sociedade, que aparece como ordem positiva frente ao Estado, ou seja, frente ao *negativum* dessa liberdade, que, por isso mesmo, surge na teoria jusnaturalista rodeado de limitações, indispensáveis à garantia do círculo em que se proteja, soberana e inviolável, a majestade do indivíduo.

Os demais direitos que visam proteger a dignidade da pessoa humana são apenas reflexos de garantia da vida e liberdade, ou os que chamamos de fundamentais.

Para Bobbio (1992, p. 18):

Em segundo lugar, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos

⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 39 ed.. São Paulo: Globo, 1998. 162 p.

meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.(...)

Concordamos em parte com o disposto por Bobbio, porém não concordamos com este quando diz que os direitos do homem constituem uma classe variável, pois pensamos serem os direitos do homem naturais, iguais e imutáveis, o que constitui uma classe variável, na verdade, são os direitos fundamentais. A forma de proteção destes direitos inatos é que estão em constantes mudanças. A proteção da vida e da liberdade, séculos atrás, era completamente diferente da atual e assim vai ser no futuro, porém o direito inato à vida e liberdade sempre vai existir e instintivamente o homem o anseia.

Bobbio (1992) deixa claro a sua posição sobre o relativismo do direito de acordo com a época, acreditamos também nesse relativismo acerca dos direitos fundamentais. Daí, a explicação para as dimensões dos direitos fundamentais existentes e a perspectiva para o surgimento de novos direitos e futuras dimensões.

Bobbio (1992, p. 19):

Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos. De resto não há por que ter medo do relativismo. A constatada pluralidade das concepções religiosas e morais é um fato histórico, também ele sujeito à modificação.

Os direitos do homem são fundamentados de acordo com o momento histórico da sociedade, admitindo então, neste ponto, que estes não seriam naturais, mas do homem em determinada circunstância, sendo que a idéia de fundamentais enquanto coadjuvar com a idéia de autonomia, soberania e independência dos Estados, jamais serão universais. Poderíamos pensar utopicamente que diante da tecnologia e globalização, organizar-nos-íamos em um futuro distante, não em Estados ou Nações, mas na Nação Terra, habitada pela raça humana, aí sim poderíamos pensar em direitos fundamentais universais.

Não queremos afirmar com isto que alguns direitos do homem já não estejam fundamentados em caráter universal, ratificados por vários Estados em tratados internacionais, mas em relação à sua eficácia e proteção, não podemos assim considerá-los, diante das soberanias territoriais destes, em que a natureza jurídica do direito internacional é eficaz apenas pela voluntariedade dos Estados e com coações de fundos econômicos e políticos, mas nenhuma coação de cunho obrigatório e efetiva punição no mundo jurídico, as garantias vão ser diversas e relativas de acordo com a vontade de cada Estado, que claro, são as mais variáveis e divergentes possíveis.

Romita (2007, p. 44) dispõe sobre quatro tipos essenciais de concepções da fundamentalidade:

Segundo a concepção axiológica, qualificar um direito de fundamental o inclui entre valores inerentes à humanidade, ao homem como tal. A fundamentalidade conduz, aqui, à universalidade: os direitos são fundamentais porque beneficiam todos, caso contrário, não seriam fundamentais.

Segundo a concepção formal: os direitos podem ser qualificados como fundamentais levando-se em conta sua posição na hierarquia das normas. Fundamentais são os direitos expressos em normas do mais elevado grau no interior de um sistema jurídico e que constituem objeto de garantias especiais para preservá-los: exigência de maioria qualificada para alterá-las ou suprimi-las e até mesmo vedação absoluta de aboli-las, proibição de reduzir de nível de garantia e efetividade.

Concepção estrutural: direitos fundamentais são aqueles sem os quais um sistema jurídico ou um subsistema perderia sua identidade, sua coerência e seu modo de funcionamento. Eles constituem a base sobre a qual tudo está edificado.

Concepção comum: o caráter fundamental dos direitos deriva de semelhanças de qualidade em diferentes sistemas jurídicos nacionais ou internacionais. Esse caráter de fundamentalidade se baseia numa visão construtiva dos sistemas nacionais ou internacionais, para deles extrair um conjunto de valores comuns aptos a construir um *ius commune*, por exemplo, europeu ou universal.

Romita (2007, p. 45) ainda define direitos fundamentais da seguinte forma:

(...) como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, de cidadania e justiça. Este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.

Por mais que se defendam o caráter universal destes direitos, principalmente, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a condição necessária para o respeito universal destes só se torna possível com a vontade estatal de cumprir as medidas adotadas por este documento. Assim consideramos que as normas que consagram os direitos fundamentais não são universalmente válidas, mas de validade e eficácia cultural e politicamente relativas. Concordamos com a corrente do relativismo cultural, que contradiz a corrente universalista, pois vê, nos direitos fundamentais, mera expressão dos valores sobre os quais se fundam uma sociedade política. A tentativa de universalização fere o direito do homem de liberdade e vários direitos fundamentais decorrentes, uma vez que visa impor a culturas diferentes padrões de condutas incompatíveis, contradizendo suas tradições e até mesmo ferindo a dignidade da pessoa humana, que como já expomos, acreditamos ser também relativo e diferente de acordo com os costumes que embasam determinada sociedade.

Diante das divergências quanto à definição de direitos humanos, do homem, fundamentais e outras delimitações que surgem por vários doutrinadores acerca destes direitos, e, apesar de tentarmos expor um pouco acerca do assunto, pensamos como Bobbio (1992), o que menos importa, neste momento, é conceituá-los, mas o problema maior que deve ser solucionado pelo Estado e mais precisamente enfrentado pelo Judiciário, na atualidade, é como garantir-lhes a eficácia tanto jurídica quanto social e protegê-los.

Saindo do debate da delimitação, buscaremos mostrar, ainda neste trabalho, sem esgotar o assunto, um pouco de como foi o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais.

2.2 Constitucionalismo e os direitos fundamentais

O constitucionalismo foi movimento político, social e econômico que se consolidou no séc. XVIII, tendo como marco, segundo a maioria dos autores, como Bonavides, as primeiras Constituições escritas, na França de 1791, e nos Estados Unidos de 1789, cuja finalidade era limitar o poder da monarquia através da separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, além de buscar garantir a liberdade e igualdade formal para a classe burguesa sob o disfarce de garantir direitos individuais para a população através de textos escritos que deveriam ser obedecidos por todos, governantes e governados.

Para Horta (2002, p. 252):

O constitucionalismo clássico, em suas diversas manifestações nos séculos XVIII e XIX, comportou-se dentro do modelo constitucional de duas dimensões – a organização dos poderes e a Declaração dos Direitos e Garantias Individuais – e as regras fragmentárias de natureza econômico-social que nele afloraram não alcançaram a estruturação sistematizada do ordenamento econômico, matéria ignorada nos textos daquele constitucionalismo. A Constituição refletia o liberalismo político econômico.

A separação dos poderes já era idealizada por Montesquieu, posto que idealizasse os três poderes rigorosamente separados. Canotilho (1993) diz que essa teoria nunca existiu, pois se reconhecia ao Executivo o direito de interferir no Legislativo através do veto, este, por sua vez, exercia vigilância sobre aquele podendo exigir dos ministros contas de sua administração e também controle sobre o Judiciário uma vez que julgavam os nobres pela Câmara dos Pares

na concessão de anistias e nos processos políticos, sendo assim, trava-se de combinação de poderes sendo o juiz um pronunciador de palavras da lei. Não diferente é hoje, na atual Constituição brasileira, a qual tem normas, as quais buscam evitar arbitrariedades no uso do poder e falta de controle nas políticas públicas e verbas orçamentárias, através das ações civis públicas, que acabam por controlar o Executivo, assunto que trataremos à frente, assim como o próprio controle do Judiciário pelo Conselho Nacional de Justiça.

Segundo Canotilho (1993), no liberalismo, o Estado, através de normas escritas, permitia a ascensão política da burguesia pela influência parlamentar o que trazia incidências na economia e afastava o Estado de interferências evitando que a calculabilidade do desenvolvimento econômico fosse afetado pelo mesmo.

Em relação ao individualismo e direitos do homem, dispõe que o constitucionalismo, em um primeiro momento, considera o indivíduo como sujeito de autonomia individual, moral e intelectual, ficando estes direitos fundamentais fora do alcance dos ataques legítimos do poder e contra este podiam ser defendidos. E em sua segunda perspectiva, o individualismo estaria diretamente ligado às doutrinas utilitaristas que o conduzem ao individualismo possessivo ou proprietarista em que o indivíduo é o proprietário de sua própria pessoa, das suas capacidades e seus bens, sendo a capacidade política inventada para garantir estas proteções.

Já quanto à ligação entre constitucionalismo, soberania, legitimidade e legitimação, Canotilho (1993) dispõe sobre três problemas: soberania, legitimidade e legitimação, sendo que os dois últimos fundamentam o primeiro que reside essencialmente em nação, não podendo ser exercida senão pelos seus representantes legalmente eleitos, sendo tais teorias acolhidas pelas Constituições escritas.

Assim, a representação política tem como marco a teoria da soberania nacional a qual conduz ao governo representativo, sendo necessário abolir qualquer forma de mandato imperativo que vinculasse os representantes a interesses particulares ou a determinado círculo de eleitores, consistindo um sistema constitucional em que o povo governa através de seus representantes eleitos.

Quanto ao constitucionalismo e ao direito eleitoral, o primeiro oferecia acesso às funções políticas, sendo que, a princípio, no liberalismo, só os proprietários estavam em condições de votar e serem votados. Na teoria da soberania nacional, a Nação poderia fixar o direito de voto apenas a certas categorias de cidadãos, não sendo o voto um direito, mas uma função, teoria do eleitorado-função, ao contrário do que acontecia com a teoria do eleitorado-

direito ou teoria rousseauiana da soberania popular reconhecedora a cada cidadão do direito pessoal de exercer uma fração da cidadania.

Apesar de ter seu marco nos sécs. XVII e XVIII, ao longo da história da humanidade, este constitucionalismo foi se formando aos poucos, este anseio social pela limitação de poderes e proteção de direitos individuais veio se construindo desde a idade antiga. Assim podemos dizer que antes do constitucionalismo propriamente dito do séc. XVIII, em que surgiram as primeiras Constituições, ocorreram inúmeros movimentos na busca destes anseios, o que chamaremos de bases do constitucionalismo ou, como alguns autores, de pré-constitucionalismo.

Para demonstrar timidamente um pouco de como identificamos estes movimentos na história, torna-se necessária a exposição a seguir.

No início da existência humana, o homem trabalhava sozinho para sobreviver até que as necessidades de um mundo predador o fizeram concluir sobre a união, e esta lhe daria mais força e facilitaria a sua vida. Formaram-se então os primeiros grupos sendo que todos trabalhavam igualmente com a finalidade de sustentar e proteger suas tribos. Aos poucos, estas cresceram e se desenvolveram, criando a necessidade de centralizar o comando a fim de terem ordem e organização, elegendo assim chefes e governantes. Houve então a necessidade de fixação em territórios. Nesta nova fase, o homem descobre a ambição e ganância pelo poder. Os mais fortes e poderosos ganham as guerras travadas entre os grupos e, ao invés de matarem os adversários vencidos, começam a escravizá-los, determinando assim o modo de produção escravista e, ao mesmo tempo, submetem-se a um governo soberano em uma sociedade organizada. Neste ponto, entendemos que a teoria de origem natural, origem pela força e contratual se complementam para explicar a origem do Estado.

Também entendemos a pré-existência dos direitos do homem à sociedade estatal, pois, uma vez já existentes, começam, neste momento, conquistas de grupos e brigas por territórios, a serem violados e só a partir de então surgem as primeiras tentativas de proteção, como já citado os Dez Mandamentos da Lei de Deus. Podemos também citar o Código de Hamurabe cerca de 600 anos a. C., a Lei das Doze Tábuas, 400 anos a. C., pois ambos buscavam proteger direitos já violados como a vida e a liberdade.

Kildare (2007) identifica o constitucionalismo, o que entendemos por pré-constitucionalismo, já entre os hebreus, estabelecendo-se no Estado Teocrático, limitações ao poder político, ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos.

Segundo Kildare (2007, p. 250):

Os hebreus já divisavam a existência do constitucionalismo como movimento de organização do Estado, que criaram limites, pela chamada “lei do Senhor” ao poder político. Cabia aos profetas, legitimados pela vontade popular, fiscalizar e punir os atos dos governantes que ultrapassassem os limites bíblicos.

Assim, em um Estado Teocrático, cuja casta sacerdotal tinha grandes influências, este constitucionalismo limitava alguns órgãos do poder estatal garantindo alguns direitos, cuja garantia estava apenas na obediência espontânea dos governantes, uma vez que estes não sofriam qualquer sanção humana pelo seu descumprimento.

Podemos ainda citar, no pré-constitucionalismo, a democracia direta das Cidades-Estado gregas no séc. V a. C., no qual o poder político estava igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos, e os populares se elegiam para cargos públicos, posto que por mais primitiva que fosse a votação, existia uma participação do povo na vida política.

O sistema de produção escravista, que provavelmente tem origem nas guerras de domínio de um grupo sobre outro, durou séculos até o surgimento de um novo sistema na Europa Ocidental e Central onde as terras eram divididas em feudos e organizavam-se aldeias de trabalhadores que deixavam de ser escravos e passavam a condição de servo, mas continuavam obedecendo a seus senhores, trabalhando para eles e sustentando estes, suas famílias, os guerreiros e os sacerdotes que formavam as novas classes do novo sistema. A diferença entre escravo e o servo é que este último trabalha em troca da utilização de alguns pedaços de terra para produzirem o sustento de sua própria família.

No começo do sistema feudal, os produtos eram fabricados de acordo com a necessidade, ou seja, consumia-se o que se produzia, e o capital não era muito utilizado, além da escassez da moeda, a uma vez que a mesma era difícil de ser trocada, pois variavam conforme o local. Com o tempo, a produção aumentou, o comércio se desenvolveu e surgiram as feiras as quais possuíam mercadorias em atacado e facilitavam a troca de moeda, desenvolvendo uma nova categoria de trabalhadores como negociadores financeiros e banqueiros, transformando a economia natural em capitalista. O uso do dinheiro facilitou o intercâmbio de mercadorias e expansão do comércio. Este desenvolvimento comercial trouxe trabalho para maiores números de pessoas que sempre iam à procura dos grandes centros comerciais, o berço das novas cidades, e o surgimento da nova classe social, a burguesia.

Segundo Huberman (2004, 15.):

O sistema feudal, em última análise, repousava sobre uma organização que, em troca de proteção freqüentemente ilusória, deixava as classes trabalhadoras à mercê das classes parasitárias, e concedia a terra não a quem cultivava, mas aos capazes de dela se apoderarem.

No período compreendido entre os sécs. V e XV, d. C., Era do Feudalismo, citamos como marco histórico deste pré-constitucionalismo, a Magna Carta de 1215, também chamada de “Carta do João Sem Terra”, rei inglês o qual promulgou a carta depois de fortes pressões da igreja e dos senhores feudais, uma vez que buscavam com este documento proteções de liberdade, vida e propriedade.

Idade marcada pela soberania ilimitada dos governos absolutistas, a Magna Carta foi um documento que passou a garantir certas liberdades inglesas. Composta de 63 artigos, contendo disposições sobre a liberdade da Igreja perante a Monarquia, além de reformar e estabelecer direitos, assim como regular comportamentos dos funcionários reais.

Nesta fase do pré-constitucionalismo, observamos o aparecimento dos movimentos com anseios por conquistas às liberdades individuais contra a interferência estatal, o que mais tarde, nos sécs. XVII e XVIII, intensificar-se-ia e desembocaria na transformação do Estado absolutista para o Estado liberal.

Importante ressaltar o artigo 39 da Carta de 1215, a respeito da liberdade e sua proteção através do devido processo legal:

Art. 39: Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

No que concerne aos direitos da criança e adolescente, nesta carta, já percebemos uma forma de proteção da propriedade do menor:

Art.3º: Se, contudo, o herdeiro de qualquer das pessoas citadas for menor e estiver sob tutela, que tenha a herança sem relief e sem multa quando atingir a maior idade.

O Feudalismo, aos poucos, é substituído pela liberdade do capitalismo aparecendo junto novos costumes que modificam crenças, leis e formas de vida. Uma destas mudanças foi a situação do camponês o qual passou a ser dono das terras onde trabalhava. A produção do campo era necessária ao abastecimento das cidades em crescimento, podendo observar, naquela época, a separação dos trabalhos realizados na zona rural daqueles na urbana. O comércio precisava cada vez mais de mão-de-obra, o trabalhador, já por volta do séc. XIV,

quando muitos morreram pela “Peste Negra”⁷, era supervalorizado, tendo como conseqüência o desenvolvimento de seus ofícios, suas corporações e a exigência de condições mais humanas de trabalho.

O capital e ouro, conquistados nas Américas, frutos das descobertas marítimas, acabam por influenciar no aumento de preço das mercadorias beneficiando a burguesia que tinha cada vez mais poder sobre o governo monárquico enfraquecido após várias guerras. Esta elevação dos preços não era acompanhada pelo salário dos trabalhadores sempre defasado em relação ao mercado. O capitalista, considerado homem do dinheiro, era o dono do mercado e passava a orientar a produção doméstica existente na época. Surgem os intermediários, que empregam certo número de artesãos para trabalhar seu material em suas respectivas residências. Embora o intermediário não modificasse a técnica de produção, reorganizou-a aumentando a produção de mercadoria. Jack de Newbury, ao contrário dos intermediários comuns, não levou a matéria-prima para os artesãos, ergueu um edifício próprio e trouxe cerca de 600 pessoas para trabalhar com ele, sendo, portanto, o precursor do sistema fabril. Os trabalhadores deixam de produzir e fabricar em suas casas para se aglomerarem em fábricas, submetendo-se a salário e patrão.

A distância entre trabalhadores e patrões não era muito grande, e ambos faziam parte da mesma organização. O que mais tarde modificou-se ficando bem separadas e definidas as duas classes. A indústria e o comércio se desenvolveram e expandiram ao longo do tempo, enriquecendo os patrões e sacrificando a classe trabalhadora que não mais trabalhava para si, mas como na escravidão ou no sistema feudal, pois serviam e sustentavam os reis e os burgueses uma vez que trabalhavam para estes com o fim apenas de sobreviver.

Entre os sécs. XV e XVIII, tivemos a consolidação das monarquias na Europa, a invenção da forma empresarial e a inserção do trabalhador no sistema produtivo capitalista.

Os acontecimentos entre estes séculos levaram a organização dos Estados Nacionais, o que representou a consonância entre rei e comunidade nacional desencadeando o desenvolvimento sócio-econômico. As monarquias acumularam conhecimentos, poder, aumentaram suas intervenções e assumiram mais responsabilidades. Já para a burguesia, ter um Estado Nacional, forte e unificado era indispensável para o crescimento econômico. Assim, a crise do sistema feudal, no séc. XV, favoreceu o surgimento dos Estados Modernos,

⁷ A **peste Negra** é o nome medieval dado à **Peste Bubônica**, doença que atacou a Europa durante o século XIV e dizimou cerca de 25 milhões de pessoas, um terço da população da época. A doença é causada pela bactéria *Yersinia pestis* que se espalha através das pulgas dos ratos pretos *Rattus rattus* ou outros roedores.

governados por monarquias nacionais, do exército nacional, da moeda única, do território demarcado, da língua e cultura mais unificadas.

O homem acompanha a evolução política, social e econômica e passa a pensar de modo diferente, reivindicando direitos de forma crítica e manifestando suas idéias livremente. Podemos identificar esta nova forma como o Humanismo por volta do séc. XVI. Este movimento queria examinar criticamente a natureza, o mundo e as relações existentes entre os homens.

Já, na Europa do séc. XVIII, surgiram regimes políticos associados às idéias iluministas posto que, na prática, não abriam mão do absolutismo. Os iluministas defendiam que apenas, com o uso da razão, os homens atingiriam o progresso, em todos os sentidos. Os três princípios básicos do ideário iluminista foram a universalidade, individualidade e autonomia.

A organização social da França se constituía em Rei, 1º Estado (clero), 2º Estado (nobreza) e 3º Estado (burguesia, camponeses, trabalhadores). O conflito instaurado entre as classes acima pelo sistema de votação foi o marco dos conflitos.

Sob interferência dos ideais iluministas, a burguesia que buscava poder e igualdade perante a nobreza e o clero, assim como garantia de propriedade e liberdade comercial, influenciou os trabalhadores, pobres e miseráveis, sob o lema liberdade, igualdade, fraternidade, o que desencadeou a Revolução Francesa de 1789, cujas conseqüências também foram a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão de 1789 e a primeira Constituição francesa de 1791, posto que tanto uma como outra, faziam previsões abstratas de garantias de direitos individuais, liberdade, igualdade, propriedade e proibiam as corporações dos trabalhadores. Estes últimos, na verdade, são mais uma vez explorados e enganados, viam direitos individuais protegidos na Constituição, mas sem nenhuma eficácia.

Para Bonavides (1996, p. 42):

Seria, pois, errôneo reconhecer na teoria jusnaturalista da Idade Média à Revolução Francesa, ordem de idéias voltada exclusivamente à postulação dos direitos do homem.

A burguesia revolucionária utilizou-a para estreitar os poderes da Coroa e destruir o mundo de privilégios da feudalidade decadente. E desse prélio saiu vitoriosa.

O importante é que se percebe, naquela época, incentivo para muitos povos lutarem por liberdade, igualdade e fraternidade diante do autoritarismo dos governos.

A Constituição francesa de 1791 é considerada o marco do constitucionalismo por limitar o poder do Estado através da separação dos poderes em Executivo, Legislativo,

Judiciário, positivar certas garantias individuais como igualdade formal e participação política para alguns (classe burguesa se equipara aos nobres e clero acerca de alguns direitos), direito de liberdade e de propriedade, tendo como consequência a transformação do Estado autoritário absolutista em Estado liberal de direito, posto que ainda não democrático. A partir daquele momento, o Estado deixa de interferir nas relações privadas e passa a também obedecer às normas que estão expressas nas Constituições.

Assim, o Estado liberal nasce como consequência dos movimentos liderados pela burguesia, criando condições políticas favoráveis ao desenvolvimento da economia burguesa, constituindo a certeza do direito através de laços que vinculam as funções e poderes estatais às leis, protegendo de forma codificada os direitos da classe burguesa, sendo que a Constituição política garantia liberdade (a qual “era indispensável para manter o domínio do poder político, e só por generalização nominal, se estendia às demais classes”⁸), segurança e propriedade.

Segundo Baracho (2006, p. 706):

Essa fase do constitucionalismo inaugurou um período em que a Constituição contém conteúdos essenciais como a definição de: a) a igualdade e os direitos da pessoa humana como valores fundamentais; b) o princípio organizativo das separações de poderes; c) os limites jurídicos do poder político. Ela aparece sob a forma escrita. O conteúdo caracteriza a Constituição substancial e o texto escrito, a constituição formal. Conteúdo e forma são expressões de uma concepção garantista da Constituição, que é hoje considerada de grande atualidade.

Para Kildare (2007, p. 143):

O constitucionalismo do sec.XVIII foi resultado de um movimento de transição da monarquia absolutista para o Estado Liberal de Direito, pelo qual os Estados passaram a adotar leis fundamentais ou cartas constitucionais, reunindo em um documento, sua organização política, bem como a declaração dos direitos do indivíduo, motivo pelo qual denomina as atuais Constituições que foram provenientes deste movimento de Constituições políticas.

As limitações do Estado e os direitos do homem são garantidos através de uma lei máxima, escrita, a Constituição, posto que podemos excetuar o constitucionalismo inglês que apenas se mostrou de forma escrita a partir da segunda metade do séc. XVIII e até hoje não possui uma Constituição textualizada, sendo encontrada apenas em normas esparsas e garantias de direitos pelo próprio costume.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. ed.6ª. São Paulo: Malheiros, 1996. 44 p.

Como ressalta Bonavides (1996, p. 52) “a ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado Liberal – Democrático”.

Ainda para Bonavides (1996, p. 44):

O Estado Burguês de Direito, permitia, ademais, à burguesia falar ilusoriamente em nome de toda Sociedade, com os direitos que ela proclamara, os quais, em seu conjunto, como já assinalamos, se apresentavam, do ponto de vista teórico, válidos para toda a comunidade humana, embora, na realidade, tivesse bom número deles vigência tão-somente parcial, e em proveito da casse que efetivamente os podia usufruir.

A separação de poderes idealizada por Montesquieu evitaria a concentração destes nas mãos de alguns, rei, clero ou burguesia, daí a garantia da igualdade formal para alguns.

Dessa forma, a lei feita por um dos poderes era observada por todos, nascendo para o indivíduo a possibilidade de exigir, além de direitos subjetivos em suas relações privadas, o que já era previsto no Estado absolutista, o direito subjetivo público, em desfavor do Estado, impedindo o exercício arbitrário do poder, o que configura mesmo que de forma tímida, os direitos fundamentais. Assim surge o que chamamos de Estado de Direito, sendo aquele em que governo e governados obedecem a normas positivadas e cujo poder estatal esbarra na limitação através da separação deste mesmo poder, assim como surgem garantias de direitos individuais e cuja norma maior a ser observada por todos chama-se Constituição.

O Estado Liberal então se caracteriza pela conduta negativa do Estado, deixando de interferir e invadir a esfera do indivíduo, que deixou de ser súdito, submisso, a sujeito de direitos tutelados pelo Estado e muitas vezes contra este. Nesta linha, temos o surgimento dos “direitos de primeira dimensão” decorrentes da condição do indivíduo como sujeito de direitos como liberdade, propriedade, vida e segurança.

A Revolução Francesa teve grande importância na fundamentação dos direitos do homem, através de uma de suas primeiras conquistas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual definia, em seu artigo 16, que “toda sociedade em que não for assegurada a garantia dos direitos e separação dos poderes não tem Constituição.”

Porém, a declaração de liberdade, igualdade e propriedade não era muito efetiva uma vez que consistia em poder fazer tudo que não prejudique a outrem, deixando o exercício dos direitos naturais do homem sem limites definidos, assim tudo que não era proibido por lei era permitido, tendo muito mais uma linguagem declarativa à protetiva, pouco adiantando esta parte teórica e subjetiva dos direitos do indivíduo uma vez que ainda não trazia prescrições e

determinações capazes de realmente garantir tais direitos, o que ocorreu mais tarde com a positivação nas Cartas constitucionais, embora, ainda sob alguns aspectos, continuava subjetiva sem garantia material efetiva, o que começaria a ocorrer com o Estado Social, apesar de que grande parte destes direitos ainda hoje não têm eficácia social. Todavia, não podemos negar a grande influência desta declaração nas Constituições futuras, o que se pode perceber no artigo 16 citado, pois houve a previsão da necessidade da feitura de uma Constituição para assegurar a limitação do poder e a garantia de direitos do homem.

Ainda vale ressaltar que a proteção do direito do homem de igualdade se fundamentava, nesse primeiro momento, em proteção formal e diferenciada para homens e cidadãos, ou seja, ainda não atingiam a igualdade material para todos.

Apesar de a Constituição francesa ter sido o marco da transformação do Estado absolutista para o liberal e aberto portas para as futuras cartas e leis que buscam garantir os direitos da humanidade, é cada vez mais aceito devido aos fatos históricos, que só é possível garanti-los através do poder econômico o qual deve em mais ou menos grau, ser controlado pelo Estado, necessariamente deixando este de ser liberal, omissos, a intervir nas relações privadas.

Para Kildare (2007, p. 252):

O constitucionalismo do Estado Liberal de Direito acarretou o abstracionismo constitucional, é dizer, o direito abstrato tomou lugar do direito histórico. Com os influxos doutrinários do iluminismo, chegou-se à racionalização do poder, cujo formalismo propiciou a expansão do constitucionalismo formal. Em um primeiro momento, este constitucionalismo visava propiciar a segurança das relações jurídicas e a proteção do indivíduo.

Vale lembrar que, mesmo sendo o constitucionalismo caracterizado também como movimento social, conquista garantias através de documentos escritos, estas eram limitadas e se baseavam em interesses burgueses da época. Assim, o constitucionalismo da época pode ser considerado como todo movimento de transformação do Estado autoritário absolutista para o liberal de direito, não intervencionista, em que se garantia e privilegiava a liberdade do indivíduo e, principalmente, a livre iniciativa, assim como limitava o poder estatal que também se submetia ao direito. Tal limitação se dava principalmente através da separação dos poderes e preservação da crença na democracia representativa que, cada vez mais, estendia seus contornos, apesar de que, no constitucionalismo do séc. XVIII, o direito a voto era restrito à classe burguesa, detentora do poder econômico, estando longe de um Estado de direito democrático, o que só veio a ocorrer na França com o sufrágio universal no séc. XIX,

em vitórias revolucionárias. O constitucionalismo dos direitos do homem, o que chamamos de direitos fundamentais de primeira dimensão, surge para proteger o indivíduo do abuso do estado absolutista, autoritário, “inimigo”, mesmo que esta proteção ainda seja diferente para as classes sociais, no séc. XVIII, quando surgiu.

Em suma, as Constituições escritas do séc. XVIII garantiam a não intervenção estatal nas relações privadas, o individualismo, a valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo, assim como o livre comércio burguês. Tais Constituições influenciaram as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

Porém, as constituições garantistas da época e o Estado não interventor não foram suficientes para proteger os direitos individuais, inevitavelmente provocaram a concentração de rendas e aumentaram a exclusão social. Apesar de garantistas, tratavam apenas de garantias escritas e formais, sem aplicabilidades práticas, uma vez que prevalecia o afastamento do Estado da esfera privada.

Para Bonavides (1996, p. 40):

A Revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levou à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo. Do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política.

Em 1791, os governantes da Áustria e da Prússia ameaçaram intervir na França para restabelecer o poder do rei e, em 1792, a Assembléia declara guerra à Áustria e à Prússia, as quais conseguiram entrar na França e ameaçar Paris, o que levou a distribuição de armas à população com a finalidade de defesa da pátria passando assim o controle da Capital pela Comuna de Paris que exige de vez o afastamento do rei. A Comuna de Paris nasceu de um movimento revolucionário francês formado pela população mais pobre. O exército popular derrotou os austríacos e prussianos iniciando assim a república e o fim da monarquia.

Com a Proclamação da República, a Revolução passa a outra fase e surge uma Constituição mais democrática e radical. O novo governo põe fim ao que restava do sistema feudal, facilitando a aquisição de terras por pequenos produtores, tabelou gêneros de primeira necessidade, fixou salários, instituiu a escola primária pública obrigatória e gratuita além do sufrágio universal (só para homens), direito de greve e direito à subsistência. Estas conquistas podem ser consideradas como marco inicial na conquista pela população pobre proletariada. Aqui encontramos indícios dos futuros direitos sociais.

Em 1795, a alta burguesia promove um golpe de estado marcando o fim da participação popular no governo, instaurando um governo autoritário e fundamentado em uma aliança com o exército, elaborando de imediato uma nova Constituição. Este governo diretório da burguesia alta durou até 1799. No exército, destaca-se a figura de Napoleão Bonaparte que, com um golpe de Estado em 1799, vem a tomar frente do Estado francês assegurando a burguesia uma estabilidade política e restaurando o relacionamento com a Igreja. O código civil napoleônico em 1804 foi considerado um sólido alicerce para a burguesia, decorria a autoridade do pai sobre a mulher e os filhos e do patrão sobre os empregados, questões relacionadas ao casamento e herança.

O governo napoleônico durou até 1815. Bonaparte fez grandes conquistas para a burguesia, mas sua tirania afastou os ideais revolucionários de igualdade, fraternidade e liberdade. No Congresso de Viena, os vencedores de Napoleão queriam reconstruir uma Europa sólida e seu principal objetivo foi conter a revolução liberal burguesa iniciada na Revolução Francesa, posto que já fosse incontrolável a disseminação dos ideais liberais. Com o golpe dado pela Revolução Francesa ao Feudalismo, forma um sistema social diferente, baseado na livre troca de mercadorias com o objetivo primordial de obter lucros, o capitalismo.

A Revolução Francesa trouxe grandes impactos nas relações políticas e sociais em vários lugares do mundo. Independente das particularidades nacionais ou regionais, os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade representavam ideais comuns da humanidade. Representa o início da idade contemporânea e a conquista dos direitos do homem e cidadão.

O séc. XVIII, além de ter sido marcado por profundas mudanças econômicas e sociais, em alguns países da Europa, vindas das idéias iluministas, também foi marcado pela Revolução Industrial com transformações técnicas e econômicas liderados pela Inglaterra. Com a monarquia consolidada através das revoluções inglesas do séc. XVII, o desenvolvimento industrial e o lucro tornaram prioridades no governo. O fechamento das terras e a elevação dos arrendamentos expulsaram muitos camponeses de suas plantações, os quais se tornaram mendigos, ladrões, desempregados, ou seja, havia uma mão-de-obra numerosa disponível que podia ser aproveitada no mercado de trabalho de minas e manufatureiro.

Durante a Revolução Industrial, é desenvolvida a indústria de base, metalurgia e siderurgia, demandando principalmente para o setor militar e posteriormente as ferrovias construídas durante o séc. XIX. A burguesia britânica acumulava cada vez mais riquezas

consolidando a economia industrial. O controle técnico do processo de produção passou para as mãos do capitalista perdendo o trabalhador a visão global do processo de produção.

A descoberta da máquina a vapor de Watt trouxe a revolução da indústria, agricultura e transporte, marcando o crescimento do sistema fabril em grande escala. Os artesãos, agora, estavam à mercê dos donos das máquinas os quais queriam usufruir ao máximo sua produção. O uso da máquina diminui a necessidade de mão-de-obra tornando-a cada vez mais barata e, com isto, incentivando o trabalho infantil e da mulher, porque eram mais baratos para os donos das indústrias.

As cidades passam a concentrar grandes multidões nas fábricas. Nos núcleos urbanos transformados pelas indústrias, os trabalhadores pobres viviam nos cortiços ao contrário da burguesia que vivia em bairros separados em casas luxuosas. Os capitalistas achavam que podiam fazer o que queriam.

Mota e Braick (2005, p. 119) dispõem, em seu livro, um trecho de um depoimento do trabalhador John Birley ao Jornal The Ashton Chronicle, de 19 de maio de 1849:

Nosso turno era das cinco da manhã até nove ou dez da noite; e no sábado, até as onze, e freqüentemente, até as doze horas da noite; e ainda nos faziam vir no domingo, para limpar a maquinaria. Não havia tempo para o café da manhã, não se podia sentar durante o jantar e não havia tempo para o chá. Nós chegávamos a fábrica 5 horas da manhã e trabalhávamos até aproximadamente as oito ou nove, quando nos trazia o café da manhã que consistia em mingau de aveia (preparado com água e não com leite) com bolo e cebolas para dar gosto a comida. O jantar consistia em bolo e leite. Nós bebíamos leite e com o bolo na mão voltávamos a trabalhar sem sentar.

O trabalho livre e subordinado torna-se a forma predominante da força de trabalho da época. As grandes fábricas atraíam grandes números de trabalhadores desqualificados, não eram mais profissionais específicos, tendiam a se homogeneizar, trabalhadores em massa geravam produtos em massa servindo apenas como força de trabalho. Por outro lado, a união destes trabalhadores em lugares definidos trouxe força para a classe, com união de idéias, movimentos de greves e lutas contra a propriedade e o capital representado pela burguesia industrial. Surgem movimentos operários de protesto que se desenvolveram, no final do séc. XVIII e início do séc. XIX, e caracterizavam-se por ações de quebra de máquinas, queima de

colheitas. Tais movimentos recebem o nome de ludismo⁹, podendo ser considerado o primeiro movimento dos trabalhadores contra condições sócio-econômicas da industrialização.

O enxugamento dos postos de trabalho pela mecanização e jornadas de trabalho excessivas, a economia capitalista voltada para a máxima obtenção de lucro torna o trabalho industrial penoso e cria grandes aglomerações nas cidades assim como a diminuição da população rural.

Os trabalhadores ganhavam mal e trabalhavam muito, chegavam a trabalhar 16 horas ou mais por dia.

Os efeitos da industrialização ampliam-se, mulheres e crianças são levadas para trabalhar em jornadas exaustivas. Estas condições degradantes de vida fizeram com que os trabalhadores aglomerados se unissem, uma vez que eram apoiados por revoluções políticas, lutavam e conquistavam direitos mais humanos. A legislação trabalhista começa a surgir lentamente ao longo do séc. XIX e a diminuição da jornada de trabalho para oito horas se concretiza no séc. XX.

Observa-se, já nessa época, a importância das convenções coletivas de trabalho realizadas entre patrões e empregados a fim de trazer de volta a paz social antes da intervenção estatal, saindo este acordo das forças sociais.

Huberman (2004, p. 163) faz as seguintes indagações: “O que acontecia aos homens que, reduzidos ao estado de fome absoluta, já não podiam lutar contra a máquina, e finalmente iam buscar emprego na fábrica? Quais eram as condições de trabalho nessas primeiras fábricas?”.

Respondemos as indagações de Huberman (2004, p. 163) citando um trecho de seu próprio livro:

Os fiandeiros de uma fábrica próxima de Manchester trabalhavam 14 horas por dia numa temperatura de 26 a 29°C, sem terem permissão de mandar buscar água para beber. O homem sem emprego, sem meios de produção, vivendo em situação miserável, se submetia a qualquer condição, ainda que desumana, e o Estado Liberal “assistia a tudo como um mero telespectador”.

⁹ De acordo com Norberto Bobbio, o ludismo foi nome usado para designar movimentos operários de protesto que se desenvolveram no final do século XVIII e início do século XIX, com o propósito de buscar melhorias salariais e conter a mecanização do ciclo produtivo. Havia também o Cartismo que a seu modo também mostrou a insatisfação da classe operária. Estando os artesãos e os operários arruinados pela revolução da indústria, esses e os desempregados reagiram de forma espontânea à exploração capitalista, Acreditavam que os responsáveis por sua miséria e desemprego eram as máquinas e passaram a destruí-las. Esse movimento de quebradores de máquinas (1811-1812) foi liderado por um artesão empobrecido chamado Led Ludman, e ficou conhecido como Ludismo. Além de quebrar máquinas, os ludistas passaram a espancar e perseguir os capitalistas. BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política* (2 volumes). Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Loiai Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís, Renzo Dini. 11 ed. Brasília: UnB. Disponível em: < <http://www.ebah.com.br/dicionario-de-politica-noberto-bobbio-nicola-matteucci-gianfranco-pasquino-pdf-a17504.html>>. Acesso em: 14 de agosto de 2010.

Para que a garantia do direito individual de liberdade se o homem sequer tinha condições de sobreviver? Para que a garantia do direito à vida se sequer tinha como mantê-la saudável e com dignidade? Onde estava a igualdade?

Ainda citando importante parte do texto de Huberman (2004, pp. 164-165) acerca das crianças que trabalhavam nas indústrias deste Estado Liberal:

Perante uma comissão do Parlamento em 1816, o Sr. John Moss, antigo capataz de aprendizes numa fábrica de tecidos de algodão, prestou o seguinte depoimento sobre as crianças obrigadas ao trabalho fabril:
 Eram aprendizes órfãos? _ Todos aprendizes órfãos.
 E com que idade eram admitidos? _ Os que vinham de Londres tinham entre 7 e 11 anos. Os que vinham de Liverpool, tinham entre 8 e 15 anos.
 Até que idade eram aprendizes? _ Até 21 anos.
 Qual o horário de trabalho? _ De 5 da manhã até 8 da noite.
 Quinze horas diárias era um horário normal? _ Sim.
 Quando as fábricas paravam para reparos ou falta de algodão, tinham as crianças posteriormente, de trabalhar mais para recuperar o tempo parado? _ Sim.
 As crianças ficavam de pé ou sentadas para trabalhar? _ De pé.
 Durante todo o tempo? _ Sim.
 Havia cadeiras nas fábricas? _ Não. Encontrei com freqüência crianças pelo chão, muito depois da hora em que deveriam estar dormindo.
 Havia acidentes nas máquinas com as crianças? _ Muito freqüentemente.

Ainda não poderíamos deixar de citar, neste momento, (no qual queremos mostrar a ineficácia dos direitos individuais de primeira dimensão perante um Estado liberal, e a exploração da criança e adolescente sem qualquer proteção legal ou estatal, muito pelo contrário, eram exploradas e sequer eram sujeitos de direitos) um trecho do depoimento de uma criança em 1883 citado por Huberman (2004, p.165):

Em 1883 a Comissão fez novamente um relatório sobre o emprego de crianças nas fábricas. Nesse relatório, há um depoimento de Thomas Clarke, de 11 anos, ganhando 4 xelins por semana (com ajuda do irmão) como emendador de fios. Eis parte de sua história: “Sempre nos batiam se adormecíamos... O capataz costumava pegar uma corda da grossura de meu polegar, dobrá-la, e dar-lhe nós... Eu costumava ir para a fábrica um pouco antes das seis, por vezes às 5, e trabalhar até 9 da noite. Trabalhei toda noite, certa vez... Nós mesmos escolhíamos isso. Queríamos ter algum dinheiro para gastar. Havíamos trabalhado desde 6 da manhã do dia anterior. Continuamos trabalhando até as 9 da noite seguinte... Estou agora na seção de cordas... Posso ganhar cerca de 4 xelins... Meu irmão faz o turno comigo. Ele tem 7 anos. Nada lhe dou, mas, se não fosse meu irmão, teria de dar-lhe 1 xelim por semana... Levo-o comigo às 6, e fica comigo até as 8.

Infelizmente, ainda hoje, em um Estado democrático de direito, em que temos uma categoria de direitos fundamentais específicos tutelando a criança e adolescente, e o trabalho infantil é ilegal¹⁰, situações parecidas continuam ocorrendo não só nos lugares mais remotos

¹⁰ Segundo a PNAD de 2007, o Brasil ainda tinha cerca de 2,5 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 15 anos que trabalhavam. Estes representam uma porcentagem de 6,6% do total de pessoas nessa faixa etária, que era de 37.938.344. Comparando com os anos anteriores, entretanto, foi um avanço muito tímido, já que em 2004 havia quase 2,8 milhões de crianças em situação de trabalho infantil e, em 2005, ainda houve um pequeno aumento.

do país, onde parece não existir Poder Judiciário e polícia federal; crianças e adolescentes são escravizados, mas também, nos grandes centros, continuam sendo explorados, seja nas minas de carvão, nos campos ou nos sinais de trânsito ou no tráfico de drogas.

O final do séc. XVIII e início do séc. XIX é marcado pelo crescimento industrial e conseqüentemente aumento da população urbana e desemprego. O Estado Liberal já não era suficiente para garantir direitos individuais, as associações eram proibidas, e os empregados não podiam reivindicar direitos. Posto que novamente eclodem lutas de classes pela revolução, não negando o manifesto comunista de 1848 que diz: “A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes”¹¹.

Na França e Inglaterra, surgiam leis proibindo o trabalho insalubre das crianças, mulheres e idosos, e a jornada de trabalho começa a sofrer redução, tendo como marco a Revolução Francesa de 1848, quando a jornada de trabalho foi reduzida para doze horas diárias.

O individualismo protegido pela Declaração e Constituição francesa, além de garantir direitos políticos a poucos, nega o direito coletivo, ambas proíbem as corporações de ofício, posto que esta proibição será derrubada no séc. XIX, diante de clamores da classe trabalhadora e caos social, mediante reconhecimento de direitos coletivos, em que o ser humano, além de ter direitos na esfera individual, também passa a ter tutela de direitos na esfera coletiva, o que chamamos de direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão que se consolidaram nas Constituições do séc. XX.

Assim, em decorrência da união do operariado com a intenção de lutar por melhores salários e melhorar as condições de trabalho, os primeiros movimentos sindicais surgiram na Inglaterra, sécs. XVIII e XIX, com a Revolução Industrial.

As idéias de associação dos trabalhadores foram seguidas pela França, Itália, Espanha e Alemanha, mas foi, nos Estados Unidos da América, que o sindicato se mostrou diferente desvinculando-se totalmente das correntes doutrinárias e políticas.

A Igreja, no final do séc. XIX, ao contrário dos tempos anteriores, passou a apoiar a intervenção estatal de forma limitada, sem abuso de poderes ou direitos. Chefiado pelo Papa Leão XIII (1891), reconhecia as injustiças sociais exigindo uma legislação mais protetora com um salário mais justo, e desde então vem se pronunciando contra a exploração dos trabalhadores. A história do trabalho e sofrimento do homem subordinado atravessou séculos.

Evolução do Trabalho Infantil no Brasil (dados da PNAD 2007). Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/>>. Acesso em: 20 de out. 2010.

¹¹ FRANÇA. Manifesto Comunista. Disponível em: < <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/manifestocomunista.html>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

A partir do séc. XIX, após tantas lutas e atos desumanos, a classe operária, ao participar de várias revoluções na Europa, consegue criar leis que protegem o trabalho, marco de nascimento do Direito do Trabalho e dos direitos sociais.

A segunda metade do século XIX é marcada por reivindicações operárias devido ao quadro de pobreza das classes populares e apenas uma minoria poderosa e rica.

Segundo Bonavides (1996, p. 209):

Vista em quadros, a Revolução Francesa foi o Estado Liberal. A Revolução Russa de 1917 é o Estado Social, não unicamente pelos influxos que já exercitou sobre o Ocidente, mas pelo que doravante há de produzir também em matéria de transformação insitucional nos países do leste, debaixo da *perestroika* de Gorbachev, que acabou por decompor o sistema stalinista de autocracia imperial sobre as nacionalidades sequiosas de autodeterminação; um desfecho imprevisito que abalou o mundo, mas que não compromete em nada o futuro do socialismo democrático perfeitamente exequível na moldura do Estado Social.

Destacamos, neste ponto, já no séc. XX, o Império Russo governado por uma monarquia absolutista até 1917 quando ocorreu a Revolução Russa.

Até a I Guerra Mundial, possuía uma das maiores populações da Europa, posto que a maioria de miseráveis, vivendo em extrema pobreza, sendo fácil a proliferação de sentimentos contra a nobreza instigada por ideais liberais e socialistas.

Com a industrialização e maior contato com outros países, foram insurgindo novas correntes políticas em face ao absolutismo russo, como a corrente decorrente do marxismo¹² que deu origem ao Partido Operário Social Democrata-Russo.

Para Rousseau, diferente de Marx, haveria a possibilidade de um socialismo democrático, em que a liberdade individual limitar-se-ia no grupo e na ordem social, o que seria a base dos Estados sociais do ocidente. Diferentemente do marxismo, que vê na força a única solução para o proletariado, Rousseau acredita na democracia social.

Para Bonavides (1996, p. 166), “Antes e depois de Rousseau, a reação ao poder estabelecido foi sempre a reação de uma classe. No liberalismo, a reação da burguesia capitalista, no marxismo, a reação da classe operária.”

¹² Para Marx, a ordem burguesa e o capitalismo só seriam vencidos através da violência, da força dos trabalhadores, e no manifesto comunista indica a tomada do poder pela força, a democracia só seria conquistada com a revolução. “o marxismo contém um apelo à força, e a revolução socialista é essencialmente, a revolução de uma classe. A ditadura do proletariado conduz a um socialismo violento, autoritário, policial, à versão oriental do marxismo-lenismo-stalismo, com a Humanidade paga, à edificação do estado socialista, pesadíssimo tributo de sangue e sacrifício”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ªed.. São Paulo: Malheiros, 1996. 180 p.

Diante do exposto, podemos destacar duas correntes que se formaram para superar o quadro de dificuldades provenientes da liberdade capitalista e Estado liberal, a dos Estados sociais e a dos Estados socialistas.

Samapiao (2004, pp. 218-219) define Estado Social e Socialista:

Uma de natureza mais revisionista (Estado social), defendia mudanças no sistema parlamentar representativo especialmente por meio da universalização do voto, subtraindo da dimensão patrimonial os direitos de participação, bem como postulava uma atuação mais efetiva do Estado, tanto para gerar oportunidades de igualação social, por meio de políticas públicas de educação de assistência e organização de estruturas especializadas na defesa dos trabalhadores, a exemplo da institucionalização da liberdade de associação sindical, quanto para proteger o próprio mercado, que vivia sob os riscos de uma guinada estatizante de um lado e de um colapso decorrente da voraz concentração de empresas, de outro.

A segunda alternativa (Estado socialista) era mais radical e revolucionária, pois propunha a substituição do modo de produção capitalista social mediante a extinção da propriedade privada, a socialização dos meios de produção e a sua gestão pela nova classe revolucionária: O proletariado.

A primeira de tais alternativas foi conhecida como socialismo democrático, a segunda como socialismo marxista leninista.

Diferente do Estado socialista, o Estado social é compatível com sistemas de organização política diferentes e não se desvincula do capitalismo; prova disto, como cita Bonavides (1996), que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram “Estados sociais”.

Do Marxismo, viria a Revolução Russa e a sua Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, nascendo o Estado socialista, da corrente rousseauiana surgirá a Constituição mexicana e mais especialmente a Constituição de Weimar, marcos do Estado social. Nestas, destacam-se o direito de propriedade e a previsão da sua função social, liberdade para associação corporativa e sindical, direitos trabalhistas, à educação, assistência e a econômicos.

Em diferentes contextos, no Estado ocidental e oriental, encontramos os direitos sociais fundados em ideologias e metas antagônicas.

Diante do exposto, podemos considerar que o Estado de Direito social foi resultado de transformações ocorridas e necessidades não supridas pelo Estado liberal, e teve como marco as Constituições de Weimar de 1919 e a mexicana de 1917 e o Estado socialista, resultado da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e explorado, na Rússia revolucionária de 1918.

O Estado deixa de ser liberal e passa à social intervindo na economia, preocupando-se com a realidade social e pregando o princípio da igualdade, desta vez, além de formal

também material, com base no tratamento desigual para as pessoas realmente desiguais a fim de promovê-las ou deixá-las no mesmo patamar dos iguais. O Estado liberal (de direito) se torna o Estado social (do bem-estar social), que mantém os direitos à liberdade e individuais, considerados de primeira dimensão, e traz consigo os direitos de segunda dimensão, ampliando os direitos subjetivos materiais como educação, saúde e trabalho o que exigia uma atuação positiva do Estado para que fossem garantidos.

O Estado que pregava a igualdade formal e assegurava direitos no plano do ser, agora, garante os direitos do ter, para que o indivíduo pudesse ser um cidadão. Assim se faz necessário um Estado pacificador entre o trabalho e o capital em que o trabalhador momentaneamente se vê satisfeito por ver cumpridas suas reivindicações e o capitalista e os burgueses afastam a perda total do poder.

A Constituição de Weimar de 1919 influenciou a Constituição brasileira de 1934. Nessa época, as Constituições deixam de ser garantistas e passaram a ser dirigentes, consagrando em seus textos os direitos econômicos e sociais, deixando o Estado de ser não interventor a interventor e a democracia liberal-econômica passa a democracia social.

Na Constituição de Weimar, observamos uma atenção especial à família, a assistência compensatória à prole numerosa, ao tratamento igualitário entre filhos legítimos e ilegítimos, proteção contra exploração, abandono moral, espiritual ou corporal dos jovens.

No campo econômico, destacamos, na Constituição do México, a intervenção estatal para garantir a soberania, o regime democrático e crescimento econômico levando a justa distribuição de rendas ao pleno exercício da liberdade e dignidade.

A Constituição mexicana também defende a intervenção estatal nas relações privadas e econômicas para organizar um sistema de planejamento democrático do desenvolvimento nacional que imprima solidez, dinamismo, permanência e equidade ao crescimento da economia e a democratização política, social e cultural da Nação.

Não podemos esquecer que também, em 1919, no Tratado de Versalhes, nasce uma das primeiras Organizações Internacionais, a Sociedade das Nações, precursora da Organização das Nações Unidas (ONU), que cria o Comitê de Proteção da Criança, sendo que a criança começa a ser vista pela sociedade internacional como sujeito diferente, necessitada de proteção especial. No Tratado, artigo 23, há a previsão de condições humanas para o trabalho, incluindo as crianças, mas ainda não de forma diferente, exceto uma observância acerca da necessidade de previsão para idade mínima para o trabalho, o trabalho noturno e insalubre. No artigo 426, a previsão do subsídio maternidade e tratamento diferenciado para a mulher no trabalho após nascimento da criança. Logo depois viria a declaração de Genebra de

1923 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo incluídos implicitamente os direitos da criança e adolescente.

O Estado social recebe várias designações como o Estado-providência, o Estado do bem-estar social, *Welfare state*. Não teve, no entanto, um momento preciso de origem, apesar de marcos na Constituição mexicana e alemã, foi resultado de vários movimentos em vários países a partir do séc. XIX, levando a implementação de políticas intervencionistas, buscando diminuir o impacto da diferença de classes ocasionada pelo capitalismo e inclusão dos trabalhadores na garantia do direito de igualdade, deixando esta garantia de ser apenas formal e buscando a garantia material assim como igualdade política, já conquistada pela classe burguesa no Estado liberal. A proibição de direitos individuais de exercício coletivo nas Constituições do Estado liberal é vencida no séc. XIX com o reconhecimento de serem indispensáveis ao exercício da democracia.

Segundo Romita (2007, pp.267-268):

Negar ao homem, como queiram os próceres de seus interesses profissionais é amputar sua dimensão social. O trabalhador isolado não tem a menor possibilidade de lograr bom êxito na negociação com o empregador. Somente a ação coletiva, episódica (a greve) ou contínua (o sindicato), pode reequilibrar em favor do empregado o diálogo que, se reduzido ao nível individual, resultará na imposição, pelo empregador, de sua vontade, ante a disparidade de poderio econômico entre os dois sujeitos da relação de trabalho.

Para Freitas Júnior (1999, p.50):

O Estado-Providência encerra uma espécie de “pacto político”, certamente capaz de engendrar formações sociais de igual modo específicas, as quais aparecem de algum modo indissociavelmente ligadas a um período de reconstrução social caracterizado [1] por uma forte presença das organizações sindicais dos trabalhadores na definição da agenda política; [2] pela fragilidade das alianças no terreno da política partidária; [3] pela necessidade de pautar, ainda que em limites e ritmos diversos, a legitimidade do sistema político, pela inclusão no centro do quadro institucional, de atores sociais e políticos a um só tempo [3.1] fortes o bastante para por em questão a estabilidade política das instituições do Estado-Nação, [3.2] mas incapazes de imprimir uma agenda de mudanças políticas recortadas por um caráter de classe alternativo; [4] pela expansão, na qualidade de direitos de “cidadania social”.

Nesta fase, há a prevalência das Constituições programáticas ou chamadas de programas, sendo aquelas que fazem previsões de normas que não têm obrigatoriedade de cumprimento imediato, mas como programas de governos a serem cumpridas no decorrer dos anos de acordo com a reserva do possível, ou seja, de acordo com a capacidade econômica dos Estados para sua efetivação.

Assim, este momento é marcado pelo totalitarismo constitucional, ou seja, as Constituições passam a dispor de uma larga escala de normas programáticas, até mesmo normas cuja necessidade de previsão não se restringiriam aos textos constitucionais, sendo satisfatório o tratamento em leis ordinárias, tornando-se assim textos constitucionais extensos e analíticos.

É ainda o constitucionalismo da soberania popular, por já tratar, neste momento, de um Estado democrático, mesmo que ainda só para o sexo masculino, mas que mais tarde, na maioria dos Estados, como no Brasil, garantiria o sufrágio universal, como exemplo artigo 1º da Constituição da República de 1988, ao garantir que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição”. Também encontramos uma Constituição em que prevalece o dirigismo comunitário, concentrando-se em promessas e previsões de programas a serem cumpridos pelos Três Poderes em parceria com a sociedade e dispõe responsabilidades estatais e também atribui estas responsabilidades à atuação social.

Kildare (2007, p. 254) critica esta Constituição dirigente pelo seguinte:

Há um acentuado conteúdo social, a caracterizar a denominada constituição dirigente, repositório de promessas e programas a serem cumpridas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que muitas vezes acarreta desprestígio e a desvalorização da própria Constituição, pelas falsas expectativas criadas.

O desafio deste novo constitucionalismo é concretizar a eficácia destes direitos através da intervenção do Estado e da garantia de novos direitos relacionados a valores e opções políticas.

A Constituição é a norma maior para onde todas as demais devem convergir, vinculando o setor privado e o poder público, tendo como centro das atenções os direitos fundamentais, uma vez que constituem elementos valorativos essenciais, posto que a impossibilidade de hierarquização destes direitos de forma abstrata gera grandes conflitos passíveis de resolução apenas com aplicação ao caso concreto, sempre sendo necessária a análise do Judiciário na ponderação da escolha do direito melhor aplicável ao caso concreto.

Quanto ao constitucionalismo do futuro, Kildare (2007, p. 254) descreve os valores que o marcarão no futuro:

- I) verdade – as constituições não mais conterão promessas impossíveis de serem realizadas, nem consagrarão mentiras;
- II) solidariedade – as constituições do futuro aproximar-se-ão de uma nova idéia de igualdade, baseada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, com a eliminação das discriminações;

III) continuidade – é muito perigoso em nosso tempo conceber constituições que produzam uma ruptura da denominada lógica antecedentes, pelo que as reformas constitucionais, embora objetivando adaptar os textos constitucionais às exigências da realidade, ocorrerão com ponderação e equilíbrio, dando continuidade ao caminho traçado;

IV) participação – o povo e os corpos intermediários da sociedade participarão de forma ativa, integral e equilibrada no processo político (democracia participativa) eliminando-se, com isso, a indiferença social;

V) integração – haverá integração, previstas nas constituições, mediante cláusulas que prevejam órgãos supranacionais, dos planos interno e externo do Estado, refletindo a integração espiritual, moral, ética e institucional dos povos;

VI) universalização – os direitos fundamentais internacionais serão previstos nas constituições do futuro, com a prevalência universal da dignidade do homem, e serão eliminadas quaisquer formas de desumanização.

O novo constitucionalismo deverá trazer o princípio da condução responsável dos assuntos do Estado, idéia de *good governance* que significa boa governação, bom governo.

Conforme Canotilho (1993, p. 248), “A história das constituições é a história apaixonada dos homens. É a história de conflitos, de equilíbrios, de sincronias e diacronias, de tentativas de transformação ou modernização e respostas ou reações de restauração, conservação ou adaptação.”¹³

2.3 Constitucionalismo no Brasil

No Brasil, tivemos várias ordens institucionais do Regime Colonial à República. No período colonial, o país era dividido em capitanias hereditárias, sistema que constituiu na divisão do território colonial em doze porções irregulares, todas confrontando com o oceano, e sua doação a particulares.

Segundo Silva (2006, p. 71):

As capitanias eram organizações sem qualquer vínculo umas com as outras. Seus titulares – os donatários – dispunham de poderes quase absolutos. Afinal de contas, elas constituíam seus domínios, onde exerciam seu governo com jurisdição cível e criminal, embora o fizessem por ouvidores de sua nomeação e juízes eleitos pelas vilas. A dispersão do poder político e administrativo era assim completa, sem elo

¹³ Canotilho (1993) faz comparações entre o constitucionalismo e o racionalismo; constitucionalismo e liberalismo; constitucionalismo e individualismo e direitos do homem; constitucionalismo, soberania, legitimidade e legitimação; constitucionalismo e representação política; constitucionalismo e divisão de poderes; constitucionalismo e parlamentarismo; constitucionalismo e direito eleitoral; constitucionalismo e invenção do território; e constitucionalismo e partidarismo. Apesar da obra de Canotilho, fazer tais comparações apenas dentro do direito Português, não obsta que a parte citada neste trabalho seja aplicada e interpretada para o constitucionalismo em outros Estados.

que permitisse qualquer interpretação, salvo apenas a fonte comum que era a metrópole.

A partir de 1549, foi instituído nas capitanias “sobreviventes” o sistema de governadores gerais, sendo que o primeiro governador geral foi Tomé de Souza, o qual recebeu o primeiro regimento interno de uma capitania, que historicamente, é de grande importância uma vez que foi um documento que se antecipava às cartas políticas, prevendo ao menos as delimitações de funções, respeito às leis, privilégios, estabelecendo ordem jurídica e conferindo ao governador geral poderes políticos e militares.

Este governo central, inaugurado por Tomé de Souza, teve seu fim em 1572, quando foram instituídos dois governos da colônia: Estado do Brasil e do Maranhão.

Em 1808, inicia-se a fase monárquica com a chegada de D. João VI ao Brasil, quando a Corte foi transferida para o Rio de Janeiro, sendo determinada a abertura de portos, concedida a liberdade industrial, e posteriormente a transformação do Brasil Colônia em Reino do Brasil, categoria política concedida com a Carta de Leis de 16 de dezembro de 1815, passando a constituir, com a antiga metrópole, o Reino Unido de Portugal, até a sua independência em 1822, perdurando a forma de governo imperial até 15 de novembro de 1889.

Assim, o constitucionalismo brasileiro nada mais foi em seu início senão os reflexos e aplicação do europeu. Tendo como marco inicial, em 1817, posto que sem sucesso, o movimento revolucionário ocorrido em Pernambuco, quando foi elaborado um projeto de lei para ser a Constituição da República.

Aqui começa a história do constitucionalismo brasileiro, que se concretiza pela primeira Constituição escrita, em 1824, e previa os direitos do homem e um mecanismo de divisão dos poderes, seguindo o artigo 16 da Declaração francesa de 1789.

A Constituição Política do Império do Brasil, em 1824, além de previsões sobre sua independência, a divisão do território em províncias, de governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, divisão harmônica dos poderes, separação dos poderes em Executivo, Legislativo, Moderador e Judiciário, trazia, em seu artigo 179, a declaração dos direitos individuais e garantias outorgados nas Constituições posteriores. Esta Constituição, no entanto, foi caracterizada por um ato de violência política, por ter D. Pedro I dissolvido a Assembléia Constituinte. Tal Constituição durou até 1891 e foi mais longa de todas outras.

Durante todo esse período, os federalistas liberais lutaram contra o governo centralizador provocando várias rebeliões, até que em 1889 é proclamada a República

Federativa por um decreto de nº1 de 15-11-1889, através de uma passeata militar. O Império dá lugar à República como princípio constitucional de estruturação do Estado, e a democracia como regime político que melhor garantia os direitos humanos e fundamentais.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil fora promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891 e estabelecia em seu artigo 1º “que a Nação Brasileira adotava como forma de governo a República Federativa, e constituía-se por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil”, além de optar pelo presidencialismo como governo representativo e o rompimento da divisão em quatro poderes para três poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário extinguindo o Moderador.

Nessa época, o poder do governador era sustentado pelo coronelismo, a relação de força dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores, que, por sua vez, impunham o presidente da República.

Em 1930, uma revolução liderada por Getúlio Vargas põe fim à primeira República, ou República Velha, e acaba com o coronelismo, governando o Brasil em duas etapas, 1930 a 1945 e 1951 a 1952.

De 1930 a 1934, instala-se o governo provisório, e Getúlio governou o país através de decretos.

Em 1934, é promulgada uma nova Constituição que trazia cópias do texto anterior e inovava em algumas matérias. Da Carta anterior, mantivera a república, a federação, a divisão de poderes tripartida, o presidencialismo e o regime representativo, além de outras inovações: a justiça eleitoral, e sob a influência da Constituição alemã de Weimar, ao lado das declarações de direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura. Um dia após a promulgação da Constituição, o Congresso Nacional, por voto indireto, escolheu Getúlio para presidente, iniciando o governo constitucional que vai até 1937.

Getúlio Vargas, em 1937, com um golpe de estado, iniciou o Estado Novo, dissolveu a Câmara e o Senado, revogou a Constituição de 1934 e outorgou uma nova Constituição em 1937, que teve como finalidade o fortalecimento do Executivo, dando autorização para expedições de decretos-leis pelo presidente. Vargas defendia a intervenção do Estado na autonomia privada, na vida econômica do país, o que considerava necessário para a realização dos direitos sociais, entendendo que o Estado Nação se fortificaria através da satisfação das pessoas, que a felicidade, cultura e riqueza de cada um não era apenas bens pessoais, mas

beneficiária toda sociedade, como chamava de “reserva de vitalidade social”.¹⁴ O governo autoritário de Vargas também visava combater o comunismo, censurava a imprensa e propagandas.

Para Silva (2006, p.83):

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

O Estado social só foi possível devido às reivindicações e luta da classe trabalhadora explorada e miserável. Podemos assim dizer que este Estado tem seus fundamentos nos direitos trabalhistas. Getúlio teve grande importância no constitucionalismo do Estado social brasileiro, criou, em 1930 o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (posteriormente desmembrado em Ministério do Trabalho e Ministério da Indústria e Comércio), o Ministério da Educação e Saúde Pública, posteriormente desmembrado em Ministério da Saúde e Ministério da Educação e Cultura (MEC), ampliou os direitos trabalhistas, consolidando-os pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) instituída mais tarde em 1943. Assim, além da previsão de direitos sociais previstos na Carta Constitucional, temos a CLT, a qual se assemelha muito à Carta Del Lavoro do regime fascista de Mussolini na Itália, principalmente no que diz respeito à regulação das corporações e da intervenção estatal.

O direito trabalhista brasileiro e o Estado social, ao contrário do europeu, nascem de cima para baixo, é imposto por um governo que queria controlar e manipular a massa trabalhadora, antes que houvesse qualquer organização maior e ameaçasse o governo e o capitalismo. Getúlio pacifica o “mal-estar social” entre patrões e empregados, concedendo direitos trabalhistas, mas não deixando de controlar e interferir nas relações privadas. Nesse momento, a classe operária é resgatada e comandada pelo Estado, servindo à burguesia, da forma que queria o Estado controlador e servindo os propósitos da industrialização, mantendo as oligarquias no poder. No Brasil, muito mais que um fato histórico-econômico conquistado pela luta de classes, o Estado social veio como fato histórico-político, em um quadro de manipulação pelo Poder para sua preservação, ocorrendo uma normatização típica de país periférico. A incorporação da classe operária nas políticas sociais foi fundamental para manutenção do poder e controle do Estado, não permitindo a atuação autônoma da classe, a

¹⁴ II Encontro Nacional da Rede Alfredo de Carvalho. Florianópolis, de 15 a 17 de abril de 2004
GT História da Mídia Sonora. Coordenação: Prof.^a Ana Baum (UFF). Disponível em: <www.almanaquedacomunicacao.com.br/files/others/Baumworcel.doc>. Acesso em: 02 de ago. de 2010.

qual teve que aderir a uma ordem já oferecida, pronta e acabada, sem questionamentos, garantindo a pacificação entre as lideranças operárias, as elites e o governo.

Getúlio Vargas foi deposto em 29 de outubro de 1945, por um movimento militar liderado por generais que compunham o próprio ministério, na maioria ex-tenentes da Revolução de 1930.

O general Eurico Gaspar Dutra já havia deixado o Ministério da Guerra em 9 de agosto de 1945, para se candidatar à presidência da República. Sem Dutra, Getúlio ficou enfraquecido, o que facilitou sua deposição. Dutra, porém, deu apoio ao golpe de estado.

Getúlio foi substituído por José Linhares, presidente do STF, uma vez que, pela Constituição de 1937, não existia a figura do vice-presidente. José Linhares tornou-se, então, presidente interino, ficando três meses no cargo, até passar o poder ao presidente eleito, em 2 de dezembro de 1945, Eurico Gaspar Dutra o qual tomou posse em 31 de janeiro de 1946.

Em 1945, com o fim da II Guerra Mundial, começaram os movimentos de redemocratização do país e, em 02 de fevereiro de 1946, instala-se a Assembléia Nacional Constituinte, a ditadura de Getúlio é derrubada e é votada uma nova Constituição que dura até o golpe militar de 1964.

Em 1950, Vargas foi eleito novamente presidente da República, como candidato do PTB, assumiu a presidência em 1951, mas foi pressionado, pela imprensa e por militares, a renunciar ou, ao menos, licenciar-se do cargo. Diante da pressão, Getúlio Vargas suicidou-se com um tiro no coração, em seus aposentos no Palácio do Catete, na madrugada de 24 de agosto de 1954. Assumiu então a presidência da República, no dia 24 de agosto, o vice-presidente Café Filho, da oposição a Getúlio, nomeando uma nova equipe de ministros.

Em 1955, a presidência é ocupada por Carlos Luz e Nereu Ramos. Juscelino Kubitschek fica na presidência de 1956 a 1961, quando entra Jânio Quadros, o qual renuncia no mesmo ano.

A crise política arrastada desde a renúncia de Jânio Quadros em 1961, quando seu vice, João Goulart, assume a presidência (governo que durou até 1964 e foi marcado pela abertura às organizações sociais, em que estudantes, organização populares e trabalhadores ganharam espaço, o que era mal visto pelas classes mais ricas como banqueiros, Igreja católica, empresários, porque temiam um golpe comunista transformando o Brasil em um país socialista), leva ao golpe militar de 1964 que durou até 1985 com a escolha por eleição indireta do presidente Tancredo Neves.

Castello Branco, general militar, foi eleito pelo Congresso Nacional presidente da República em 15 de abril de 1964. Foram expedidos vários Atos Institucionais 1, 2, 3 e 4

impondo várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos, dissolução de partidos políticos, intervenção do governo militar nos sindicatos.

Em 24 de janeiro de 1967, é outorgada uma nova Constituição, cuja maior preocupação foi com a segurança nacional dando mais poderes à União e ao presidente, ampliou a técnica do federalismo cooperativo, com a participação de uma entidade na receita de outra, atualizou o sistema orçamentário, propiciando a técnica do orçamento-programa, os programas plurianuais de investimento, dispôs melhor sobre os direitos dos trabalhadores, reduziu a autonomia individual e permitiu suspensão de direitos e garantias constitucionais.

Nesse ano, assume a presidência o general Arthur da Costa e Silva, após ser eleito indiretamente pelo Congresso Nacional. Governou mediante protestos e manifestações sociais, cada vez mais crescentes e opositoras ao regime militar, marcados, nessa época, por passeatas estudantis e greves dos operários.

A Constituição de 1967 durou apenas até o Ato Institucional de nº 5 (AI-5) em 1968, quando Costa e Silva, em represália aos movimentos opositores, rompeu com a ordem constitucional, sendo considerado o mais duro ato do governo militar, pois aposentou juízes, cassou mandatos, acabou com a garantia do *habeas-corpus* e aumentou a repressão militar e policial.

Doente, Costa e Silva foi substituído por uma junta militar. Com o Ato Institucional de nº 12, é atribuído o exercício do Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, os quais prepararam o texto constitucional que entraria em vigor em 1969. Na verdade, este novo texto, formalmente, era uma Emenda Constitucional, mas materialmente, era uma nova Constituição, “a emenda só serviu como mecanismo de outorga”.¹⁵

A Junta Militar, ainda em 1969, escolhe o novo presidente, o general Emílio Garrastazu Medici, cujo governo foi considerado um dos mais repressores, censurando jornais, revistas, livros, peças de teatro, filmes, músicas e outras formas de expressão artística. Também foi essa época caracterizada economicamente por um grande desenvolvimento do país, por meio do financiamento norte-americano em grande escala, época conhecida como o “Milagre Econômico”. O país avançou na industrialização e criou milhões de empregos, porém tal desenvolvimento econômico foi acompanhado de uma violenta repressão política e aumento da dívida externa, afetando o quadro econômico expressivamente.

¹⁵ *Ibid.* p.87.

Em 1974, assume a presidência o general Ernesto Geisel. A crise do petróleo e a recessão mundial interferem diretamente na economia brasileira diminuindo a possibilidade de empréstimos, pondo fim ao “Milagre Econômico” e aumentando a insatisfação da população. Em 1978, Geisel acaba com o AI-5, restaura o *habeas-corpus*, iniciando assim um lento processo de transição rumo à democracia.

O general João Baptista Figueiredo assume o governo em 1979 decretando a lei que restabelece o pluripartidarismo e a lei da anistia, concedendo o direito de retorno ao Brasil para os brasileiros exilados e condenados por crimes políticos.

Podemos dizer que este Estado social, de modo geral, nos países centrais, se esbarrou em dois grandes problemas, e nos países periféricos, como o Brasil, em três grandes problemas. Primeiro porque surgiu diante de clamores sociais, mais precisamente da classe trabalhadora, reivindicadora a que o Estado deixasse de ser omissor e arrecadador, a interventor e investidor, em uma época, na qual o Estado estava imerso em crises econômicas, sociais e políticas ocasionadas pelas duas grandes guerras, o que fez com ele nascesse sobre ilusões e sem condições de concretudes, e assim surgem as Constituições programáticas, ou Constituições as quais previam apenas objetivos de governo ou metas a serem cumpridas em tempo indeterminado, o que fez com que as próprias Constituições deixassem de ser impositivas, do campo do ser, e passassem a cartilhas pedagógicas, pois ensinavam como deveriam ser, perdendo sua credibilidade, uma vez que não eram obrigatórias acerca dos direitos sociais, os quais deveriam ser garantidos pelo próprio Estado, deixando o governo decidir de forma discricionária. O segundo problema vem na primeira metade dos anos 70, as economias capitalistas avançadas entram em crise, e o Estado se torna incapaz de abarcar todas as expectativas e demandas sociais até mesmo as que já vinham garantindo de forma eficaz. Assim, inevitavelmente, quanto mais o Estado criava políticas visando suprir as necessidades sociais, novas necessidades iam surgindo e, cada vez, tornam-se mais necessários novos investimentos públicos. Diante da explosão demográfica, crescimento urbano e globalização, maiores e mais dispendiosas necessidades vão surgindo, não conseguindo nunca suprir a demanda social, e a garantia da eficácia das novas dimensões dos direitos fundamentais surgidas diante de novos quadros sociais, torna-se uma utopia, uma vez que a eficácia social destes direitos está diretamente ligada ao poder econômico.

Desta forma, o Estado providência, ou Estado social, ao tentar atender às solicitações da sociedade, entra em crise de legitimação do próprio Estado, uma vez que não consegue cumprir o que determina a sua Constituição e suprir os anseios de seus representados ou governados, podendo esta crise levar à ingovernabilidade, sendo que o governo deixa de ter o

controle e o poder de formular seus programas econômicos e políticas públicas, o que faz nascer um problema ainda maior, o desencontro entre Thêmis e Leviatã, como denomina Marcelo Neves, propício a um cenário de brigas entre o Executivo e Judiciário, surgindo sérios problemas institucionais.

O Estado providência é reflexo da verdadeira desproporção entre a realidade e a possibilidade econômica estatal, fazendo com que haja uma grande confusão, e diante da previsão de garantia de inúmeros direitos, acaba que os mais essenciais, extremamente necessários, também deixam de ser oferecidos. Tal situação se prolonga até os dias atuais e vai durar por muito tempo. Diante destas novas necessidades, aguardamos e lutamos por um “novo” Estado (alguns defendem que a solução seria o caminho inverso ao Estado social, o neoliberalismo¹⁶) em um velho ciclo virtuoso, ou vicioso, como melhor queiram; capital, desenvolvimento social, novas necessidades, novos direitos, novas possibilidades, inúmeras impossibilidades e um quadro de miserabilidade social a serviço do capital sem fim. O terceiro problema, pertinente aos países periféricos, é ainda mais grave, pois, nestes, o Estado social não nasce de uma busca social propriamente dita ou de reivindicações da população diante da necessidade e realidade social, mas antes que estas sociedades tivessem sua própria realidade, o que levaria à construção de um autêntico Estado social, foi introduzido na esfera, jurídica, social, política e econômica, modelos já pré-definidos pela realidade dos países centrais. Se o Estado social já enfrentaria problemas na sociedade de origem, imagina onde o modelo foi copiado sem corresponder a realidade?

Retornando ao nosso Constitucionalismo brasileiro, o ano de 1984 foi marcado por movimentos que buscavam a eleição direta para presidente da República e a conquista de um verdadeiro Estado democrático de direito. Em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves é eleito, em eleições indiretas, iniciando uma nova fase do constitucionalismo, com fundamentos democráticos e sociais que seriam previstos em uma nova Constituição a ser elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte livre e soberana cuja promessa foi feita pelo próprio presidente recém-eleito; porém, ele morre antes de assumir a presidência, o que comoveu o povo ainda mais, intensificando o movimento pelas eleições diretas, na busca pela concretização do Estado democrático, promessa de Tancredo.

¹⁶ Conjunto de idéias políticas e econômicas que surgiu na década de 1970, através da Escola Monetarista do economista Milton Friedman, como uma solução para a crise que atingiu a economia mundial em 1973, provocada pelo aumento excessivo no preço do petróleo. Tem como característica a intervenção estatal mínima tanto na economia quanto nas relações de trabalho, privatização das empresas estatais, abertura da economia assim como das fronteiras alfandegárias, dentre outras.

José Sarney assumiu a presidência e cumpriu a promessa levando ao Congresso proposta de Emenda Constitucional, convocando a Assembléia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição, e, em 27 de novembro de 1985, é promulgada a respectiva emenda de nº 26.

Relevantes os ensinamentos de Silva (2006, p. 89) sobre o tema:

(...) Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois de aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte. Assim se fez. Mas ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até o mundial. Bem examinada, a Constituição Federal, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

A Constituição de 1988 difere das outras em sua estrutura e dispõe sobre princípios fundamentais, direitos e garantias individuais e coletivos, direitos sociais dos trabalhadores, nacionalidade, direitos políticos e os partidos políticos, a organização do Estado, a organização dos Poderes, a defesa do Estado e as instituições democráticas, a tributação e o orçamento, a ordem econômica e financeira, a ordem social e disposições gerais, além de prever os atos das disposições transitórias. Também, nesta Constituição, veremos a ênfase dada aos direitos da criança e adolescente e a previsão de prioridade na garantia destes direitos pelo poder público.

Esta Constituição foi denominada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte de “Constituição Cidadã” por ter tido ampla participação popular.

Após mais de 20 anos de ditadura, com a redemocratização do país, a Constituição de 1988 inovou, contemplando os direitos fundamentais com uma nova formação, diferente da prevista nas anteriores.

Precedida por um período autoritário, a relevância atribuída aos direitos fundamentais foram precauções e conseqüências de reações políticas e sociais às restrições sofridas, onde tais direitos em pleno séc. XX eram totalmente desrespeitados.

A Constituição brasileira trata, no seu título II, os Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º ao 17º). Porém, os direitos fundamentais não estão apenas previstos dentro destes artigos; ao longo do texto constitucional, podemos encontrar vários outros direitos fundamentais. No artigo 5º, §2º, há a previsão de uma norma aberta segundo a qual podemos encontrar direitos materialmente fundamentais fora do texto constitucional, o que acontece,

por exemplo, com o ECA, lei infraconstitucional, que traz um rol de direitos fundamentais da criança e adolescente.

Quanto aos direitos fundamentais previstos dentro do capítulo de direitos fundamentais, não há qualquer discussão sobre ser ou não aqueles direitos fundamentais, o problema está na identificação dos direitos fundamentais espalhados ao longo do texto constitucional, sem contar que ainda podemos ter direitos fundamentais previstos fora do texto constitucional, tarefa difícil na interpretação feita pelos juízes diante de casos concretos. Podemos assim, atualmente diante de permissão constitucional, classificar os direitos fundamentais em formal e material, sendo os primeiros aqueles previstos no texto constitucional e os segundos os que estariam fora da Constituição, mas que em sua matéria seriam fundamentais.

2.4 As dimensões dos direitos fundamentais

Citado Karel Vasak classifica os direitos humanos segundo seis diferentes critérios: “1º- o da importância dos direitos; 2º- o da natureza intrínseca dos direitos; 3º- o do sujeito (ou titular) dos direitos; 4º - o do caráter positivo ou negativo dos direitos; 5º- o da perspectiva histórica; 6º- o da pertinência às gerações presentes e às gerações futuras”.¹⁷

Segundo o mesmo, os direitos humanos podiam ser divididos em três gerações de acordo com anseios sociais e momentos históricos. A primeira seria a caracterizada pelas revoluções burguesas dos sécs. XVII e XVIII, em que se valorizava a liberdade; a segunda decorre de movimentos sociais e da Revolução Russa que buscava a igualdade e a terceira veio após a II Guerra Mundial, em que se passou a valorizar a fraternidade.

Nas palavras de Trindade (2010):

Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Pela primeira vez, ele falou em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade. E assim por diante.¹⁸

¹⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 2ª ed.. São Paulo: LTR, 2007.

¹⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Cançado Trindade Questiona a Tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio**. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos Dia 25 de maio de

Essas delimitações também não são unânimes, após o surgimento da tese, vamos encontrar variações quanto qual seria a designação mais apropriada para representar a idéia de Karel: gerações, dimensões ou famílias? Adotamos, neste estudo, a designação dimensões por entendermos ser a mais apropriada, uma vez que gerações trazem a falsa idéia de que uma geração nova substitui uma anterior, como se um direito fundamental fosse substituído por outro. Na verdade, não é o que ocorre, pois, de acordo com o desenvolvimento da sociedade, novos anseios e necessidades vão surgindo, exigindo novas formas de garantias e fundamentações. Sendo estas variáveis de acordo com o momento histórico e cultural específico de cada sociedade ou de cada Estado. A forma de proteger os direitos do homem mediante uma positivação e interpretação constitucional pode ser diferente em cada país ou em sociedades distintas, mas o direito à vida e liberdade é natural, por isto sempre existirão e serão universais. Então, partindo da premissa de que todos os direitos fundamentais são formas de positivações e proteções diferentes dos próprios direitos do homem, podemos dizer que todo direito fundamental tem base nos direitos do homem, os individuais, direito à vida e liberdade. As novas dimensões que surgem não superam as anteriores, mas são apenas extensões dos direitos anteriores de acordo com os novos clamores sociais.

Podemos defender que os direitos do homem, liberdade e vida, positivados pela primeira vez nas Cartas constitucionais, são o que chamamos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou de núcleo dos direitos fundamentais, por considerarmos universais e imutáveis, de onde se originam todos os demais. Pois, as outras dimensões de direito só surgem como forma de proteção do direito à liberdade e vida de acordo com a necessidade histórica da população.

Segundo Bonavides (1996, p. 571):

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração” caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturas, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia, coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo”.

Contextos sociais, econômicos e políticos trazem a necessidade do surgimento de novas dimensões de direito de acordo com os anseios sociais. Segundo Sampaio (2004), atualmente temos cinco “gerações” (terminologia adotada por este autor) de direitos fundamentais, o que não exige o surgimento de outras novas “gerações.”

2.4.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros direitos individuais positivados na Constituição, os chamados direitos de liberdade e vida (os quais consideramos o núcleo destes direitos), os direitos à igualdade formal abrangendo direitos políticos e civis. São direitos de bases liberais, em que o Estado deixa de intervir nas relações particulares, dando liberdade para comércio, direito à propriedade, e de participação de poucos na política. Há uma separação do Estado e sociedade, o primeiro apenas intervém de forma mínima com a finalidade de garantir os direitos acima descritos, assim o indivíduo se torna titular de direitos oponíveis ao Estado.

Segundo Bonavides (1996, p. 563), os direitos de liberdade têm verdadeiro caráter anti-estatal, “(...) a história comprovadamente tem ajudado mais a enriquecê-los do que a empobrecê-los: os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os reconheça em toda extensão.”

Os direitos civis caracterizavam-se pelas garantias de integridade física e moral, e podemos citar o direito de liberdade de consciência e religião, de expressão e imprensa, de liberdade de comércio e profissão, de propriedade, à vida e à segurança, à proibição de prisões arbitrárias e de buscas e apreensões ilegais, direito à legalidade penal e tributária, à irretroatividade da lei incriminadora e ainda ao devido processo legal. Apesar das liberdades garantidas com as positivamente constitucionais, a liberdade para a formação de corporações foi proibida e combatida a duras penas.

Os direitos políticos visavam, na época em que nasceram, ao direito de votar e ser votado, assim como o de ocupar cargos públicos, de ser jurado ou testemunha, posto que tais garantias eram para poucos, melhor dizendo, apenas para a burguesia emergente, hoje tais direitos são universais em um Estado democrático de direito.

2.4.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

O séc. XIX é dominado pelos direitos de liberdade e individualidade, e o XX é por direitos de bases sociais, instituídos por formas variadas de Estado social, caracterizando-se como direitos sociais, econômicos e culturais. Direitos estes, que a princípio, como cita Bonavides (1996), tiveram formulações especulativas, tanto filosóficas quanto políticas, posto que não se possa negar que a tentativa e aprimoramento no reequilíbrio da liberdade com a igualdade, que deixava de ser apenas formal em alguns aspectos. O Estado de liberal passa a interventor promovendo ou pretendendo promover tais direitos pela criação e ampliação de serviços públicos.

Exigências diferentes são opostas aos Estados que têm o papel de garantidor de direitos de forma ativa, o que acaba esbarrando na carência ou limitações de recursos, provocando o surgimento e interpretação destes direitos em um primeiro momento como normas programáticas sem força vinculante.

Neste momento, busca-se sair da igualdade formal para a igualdade material, com a previsão de direitos sociais, econômicos e culturais através da interferência do Estado nas relações privadas de trabalho, na economia e implantação das políticas públicas governamentais.

Neste campo, podemos citar as garantias e direitos dos trabalhadores, o direito à educação, proteção à maternidade, infância e adolescência, garantias de níveis mínimos de sobrevivência, lazer, salário mínimo digno, saúde, alimentação, emprego.

Sampaio (2004, p. 263), ao se referir aos direitos sociais, econômicos e culturais:

Linhas pouco nítidas entre os três irmãos, pois alguns direitos ocupam mais de um corpo. O direito à educação, listado como direito social estrito senso é também econômico na educação profissional, técnica e mesmo em geral, como instrumento de geração e repartição de riquezas, e é cultural como causa e consequência.

A partir dos direitos fundamentais de segunda dimensão, descobre-se a importância do ser humano não só como indivíduo, mas como parte da sociedade. Para que fosse mantida a paz social e o bem-estar social, era necessário que todos estivessem bem, ou seja, que tanto os que possuíam dinheiro, donos do capital e da produção, os patrões, quanto os trabalhadores e desempregados precisariam de uma sobrevivência feliz e com dignidade para que a ordem

social não fosse ameaçada. Aqueles que não tinham condições de sobrevivência com dignidade tinham sua igualdade, ou pelo menos deveria ter sua igualdade material garantida e concretizada pelo Estado provedor.

Segundo Cunha Júnior (2008, pp. 365-366):

Os direitos fundamentais sociais são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais. Todos os direitos que exprimem uma posição jurídica dirigida a um comportamento ativo por parte do Estado e, conseqüentemente, não se enquadram na categoria dos direitos de defesa, são direitos fundamentais a prestações. Vale dizer, são direitos que exercem a função *status positivus* (Jellinek), na medida em que caracterizados pela dimensão prestacional que lhes é peculiar e que os distingue dos direitos de defesa.

Podemos dizer que os direitos fundamentais de primeira dimensão sem as garantias dos direitos sociais tornam-se inatingíveis.

Bonavides (1996, p. 567) afirma:

Todos os princípios da Constituição que obrigam o legislador são garantias institucionais na acepção ampla de Schmitt. Mas em verdade a maior das garantias constitucionais (e não apenas das garantias institucionais) seria indubitavelmente aquela que produzisse os pressupostos fáticos, indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se converteria numa ficção conforme ficou sobejamente demonstrado depois que se ultrapassou a universalidade abstrata dos direitos humanos fundamentais da primeira geração.

2.4.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão e segunda dimensão já não eram mais suficientes para tutelar o indivíduo e a sociedade, assim como suas relações em um mundo desigual, diante da derrubada de fronteiras pelo crescimento tecnológico, globalização e conseqüentemente o surgimento de países ricos, desenvolvidos, e pobres, subdesenvolvidos, o que torna necessário o surgimento de novas instituições e direitos.

Assim podemos dizer que os direitos fundamentais de terceira dimensão são decorrentes de profundas alterações no modo de vida na sociedade internacional, causadas pelo desenvolvimento tecnológico e globalização da economia e comunicação.

Nascem aqui os direitos de solidariedade e de fraternidade, os quais buscam preservar não só a vida, mas esta, com qualidade, tutelando o meio ambiente, buscando a prevalência da paz em nível internacional, respeitando a soberania estatal e a autodeterminação dos povos.

A exploração passa para novo foco: de proteção da classe trabalhadora à proteção dos países subdesenvolvidos.

O desenvolvimento leva à quebra de fronteiras, novos conhecimentos levam a novas necessidades. O ser humano deixa de ser regional e passa a concepção de sua natureza universal, surgindo diante de novos propósitos, direitos e institucionalizações. Não se objetiva mais apenas lutar por direitos e garantias individuais, ou de classes, mas trata de defesas de tudo que compõe o planeta para que se torne possível a sobrevivência da raça humana.

Descobertas, desenvolvimentos, tecnologias, relação consumidor-fornecedor ampliada e tutelada pelo Estado, o todo se torna cada vez maior e quanto mais esta amplitude se estende, mais direitos vão surgindo e, antagonicamente, mais vão sendo violados. A possibilidade de efetuarem-se todos estes direitos não acompanha a velocidade de surgimento dos mesmos.

Importante fazem os ensinamentos de Sampaio (2004, p. 293):

A fraternidade embandeirada pela nova geração, inspirou adicionalmente a idéia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um concreto universal com vistas a manter as condições de habitabilidade planetária para as presentes e futuras gerações. Tem-se a afirmação do direito ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto quanto para alguns, incluem-se os direitos que contextualizam no plano global a proteção à saúde, de modo a tornar acessíveis, sem as barreiras das patentes, remédios para doenças graves como a AIDS.

São também chamados de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Apesar de divergências doutrinárias sobre a distinção e conceituação destes direitos, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90 (Brasil, 1990) em seu artigo 81, parágrafo único, define estes direitos e os distingue:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos da criança e adolescente, previstos na Lei nº 8.069/99 (Brasil, 1990), são considerados também direitos difusos podendo ser tutelados pelas ações civis públicas, instrumento apropriado para este exercício do direito de ação com legitimação do Ministério Público, além de outros legitimados.

No Brasil, a Constituição de 1988 foi a primeira a prever tais direitos em nível interno, mas leis infraconstitucionais já traziam em seus textos a previsão, como a 6.938 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente em 1981, como a de Ação Civil Pública em 1985 e depois da Constituição, o Código de Defesa do Consumidor em 1990.

2.4.4 Direitos fundamentais de quarta dimensão

Para Bonavides (1998, p. 571), “os direitos de quarta geração são os direitos à democracia, o direito à informação, e o direito ao pluralismo, sendo direitos que efetivam a participação cidadã alargando as fronteiras democráticas o que é facilitado pela utilização de meios eletrônicos de comunicação”.

A fundamentação destes direitos, segundo Sampaio (2004), estaria nos artigos 19 e 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao garantir o uso compartilhado das informações e idéias transmitidas por qualquer meio, e a um adequado padrão de vida em matéria de saúde e bem-estar, o que, de certa forma, acabam por garantir outros direitos como liberdade, livre expressão, participação política, dignidade, lazer.

Nos direitos individuais de primeira dimensão, o homem tem seus direitos individuais protegidos; nos de segunda, tem como foco a proteção de sua relação de trabalho e modo de sobrevivência na sociedade; nos de terceira, diante da globalização e exploração planetária, o foco de proteção se torna mais extenso, abrangendo os Estados e o próprio planeta e, nos fundamentais de quarta, a proteção volta para seres humanos específicos, ou grupos de seres humanos específicos e semelhantes quanto às suas fragilidades perante a sociedade, como por exemplo, direitos específicos para mulheres, idosos, crianças e adolescentes, deficientes físicos. A igualdade material não é mais vista de forma geral como nos direitos de segunda dimensão, mas de forma específica e mais eficaz uma vez que tenta superar as desigualdades reais.

2.4.5 Direitos fundamentais de quinta dimensão

Depois dos direitos individuais, sociais, difusos, à informação e pluralismo, começa a surgir outra dimensão, segundo Sampaio (2004), na qual encontramos a tutela não apenas do ser universal e o ambiente em que se vive, mas a tutela a toda necessidade humana, inclusive quanto aos relacionamentos humanos envolvendo sentimentos, amor e até em relação a outras formas de vida.

Certo é que os anseios e necessidades a novos direitos sempre existirão à medida que a humanidade caminha com suas novas descobertas e estes direitos não se separam tão facilmente em dimensões, havendo, portanto críticas doutrinárias em relação a esta classificação.

Citando Sampaio (2004, p. 308):

(...) Direitos que seriam estrutural e funcionalmente próprios de primeira geração como a intimidade, passaram a ser reconhecidos nacional e internacionalmente juntamente com os direitos de terceira e quarta geração, pondo-se a questão de saber qual o critério a dominar - o tempo ou a estrutura? Além do mais, muitos novos direitos que tem sido reconhecidos após a Segunda Guerra Mundial são de função individualista e como tal devem ser pensados para obter a devida proteção.

Para Romita (2007, p. 119), a quinta família “envolve direitos relacionados com a utilização dos conhecimentos fornecidos pela cibernética e pela informática, relacionados à proteção dos registros eletrônicos dos dados pessoais e a vida privada.”

Para este autor (2007, p. 119), ainda teríamos a sexta família dos direitos fundamentais, “que seriam direitos referentes à globalização, à democracia, à informação correta e ao pluralismo, onde o pluralismo se opõe a toda forma de concepção individualista da sociedade e do Estado.”

3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Proteção dos direitos fundamentais à luz da supremacia e da interpretação da Constituição

A supremacia da Constituição decorre da sua superioridade hierárquica, enquanto emanada do Poder Constituinte Originário no exercício da soberania titularizada pelo povo. Diante desta supremacia, todas as demais normas infraconstitucionais devem observá-la e não contradizer sua linguagem nas variadas formas de interpretação, seja pelos métodos clássicos dotados de formalismo total com a mera subsunção do fato ao texto (interpretação gramatical, sistêmica, histórica, teológica) ou por métodos inovadores que defendem que a norma abstraída do texto constitucional é formada a partir da realidade, do contexto social, o que garantiria maior efetividade ao texto constitucional.

Para Bonavides (2006), o Poder Constituinte originário seria político-jurídico, ora se apresenta como político de fato, ora se apresenta como jurídico de direito.

Mas qual seria a limitação do Poder Constituinte Originário? A princípio este Poder seria ilimitado, mas sua limitação é implícita, está presa a direitos quase universalmente aceitos, ou direitos naturais, mais precisamente, os direitos fundamentais já previstos em outras Cartas sendo limitador do próprio poder constituinte originário, uma vez que o homem é a base de toda sociedade e todo Estado.

Se considerarmos que a Constituição também tem natureza política, teremos não só a interpretação de caráter jurídico, mas também de conteúdo político, como acontece muitas vezes do próprio judiciário interpretá-la politicamente.

Cabe, porém, como órgão maior e guardião da Constituição, ao STF dizer como deve ser realmente interpretada a Constituição, no entanto defendemos a idéia pluralista de interpretação formulada por Harbele (1997), segundo o qual a interpretação da Carta Magna não deve ser fechada ao procedimento formalizado ou aos juízes, mas o processo deve ser aberto e plural não só aos Poderes Públicos, mas a toda sociedade, uma vez que é um texto fundamental de regulação social, nada mais legítimo que a interpretação pluralista para integrá-la à realidade.

O STF, ao interpretar a Constituição, deve levar em consideração aquilo que a sociedade pensa e espera daquela norma, pois o texto constitucional que não reflete a realidade deixa de ser efetivo, e assim não sendo, não terá verdadeira força normativa.

Abaixo citamos entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em julgamento de recurso extraordinário, acerca da idéia pluralista da interpretação da doutrina de Harbele:

1. - RE 565714 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 23/04/2008. Publicação: DJe-108 DIVULG 13/06/2008 PUBLIC 16/06/2008. “Tenho presente, neste ponto, o magistério de GILMAR FERREIRA MENDES ('Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade', p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor), expendido em passagem na qual põe em destaque o entendimento de PETER HÄBERLE, segundo o qual o Tribunal 'há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional' (p. 498), em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrática, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável 'deficit' de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, 'in abstracto', dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.”

O debate social sobre a interpretação constitucional deve ser permeado pela sociedade, em lentos e recentes passos. Já encontramos tal aceitação na lei e na jurisprudência, podemos citar o controle de constitucionalidade por via difusa em recurso extraordinário, a figura do *Amicus Curiae*, ou amigo da corte, de origem americana, mas copiado pelo direito brasileiro em legislação infraconstitucional desde 1976, Lei nº 6.385 de 07 de dezembro, que consiste na possibilidade da sociedade participar do debate da interpretação constitucional representada pelo amigo da corte, que nada mais é aquele o qual tem condições de trazer fundamentos técnicos e ou sociais, tendo conhecimento profundo na matéria discutida com a finalidade de contribuir através de esclarecimentos e informações para que, auxiliando nossos ministros, estes interpretem a as normas constituintes de forma mais adequada de acordo com a realidade social.

O *amicus curiae* também está previsto na Lei nº 9.868 (Brasil, 1999), a qual dispõe sobre ação de controle abstrato de (in)constitucionalidade e autorizando o relator considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades. Também se admite na Lei 9.882/99 a regulação do argumento de descumprimento de preceito fundamental, permitindo o pronunciamento de peritos ou pessoas com experiência ou autoridade na matéria.

Segundo Haidar :

Os dados revelaram que em apenas um dos 119 casos o “amigo da Corte” deu informações sobre o tema em discussão ao tribunal sem pedir expressamente que a ação fosse rejeitada ou acolhida. Outra observação importante do estudo foi a de que a presença do *amicus* no processo aumenta razoavelmente as chances de conhecimento da ação e a possibilidade de êxito da parte que ele apóia. (...) ¹⁹

Em um Estado democrático de direito, a interpretação constitucional deve ser aberta, caracterizando a legitimação do STF na interpretação constitucional, sobretudo sobre os direitos fundamentais constitucionais.

A Constituição deve ser interpretada como uma unidade, um texto único coerente e coeso, pois todas as normas constitucionais têm a mesma hierarquia. Na interpretação das normas, aparentemente conflitantes, quando aplicadas ao caso concreto, deve-se interpretar com base no princípio da harmonização das normas utilizando a técnica da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade de valores, ou na linguagem mais coloquial, deve-se pesar em uma balança os direitos, observando, naquele caso específico, qual seria o mais ponderável. É extremamente necessário evitar excessos, quando na aplicação de um direito em detrimento de outro, excluindo o extremamente necessário. Assim de forma adequada, observa-se qual será o direito a ser aplicado diante do fim a ser atingindo.

A interpretação constitucional deve procurar integrar o texto com a realidade, abstraindo a norma e sua efetividade, ultrapassando seu caráter formal. Além da estrutura formalista constitucional, deve-se observar a realidade social e política, buscando fazer a integração do dever-ser com o ser, o máximo de integração garantirá o máximo de efetividade²⁰. Quanto mais efetividade tem uma Constituição, maior é sua força normativa, deixando de ser uma carta de conselhos para impor direitos e deveres. É preciso que o Judiciário exerça sua função para garantir sua efetividade, o que não consiste em interferência de poderes dentro de suas competências, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, uma vez que nossa Constituição é plenamente compatível com o seu propósito de estabelecimento de um Estado democrático de direito. É necessária uma mudança cultural sobre a eficácia e efetividade dos direitos e garantias fundamentais, a começar pelo próprio Judiciário em suas decisões quando provocado, seguido pelo Ministério Público nas Ações Cíveis Públicas e pelos Particulares nos Mandados de Segurança. Só assim os gestores

¹⁹ HAIDAR, Rodrigo. **Amicus curiae influi em decisões do STF, mostra pesquisa**. 1 p. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-06/amicus_curiae_influi_decisoes_stf_mostra_pesquisa> Acesso em: 24 de abr. 2010.

²⁰ A máxima efetividade consiste em extrair da norma o máximo de eficácia social, ou seja, dar a norma constitucional o máximo de realização na concretude da realidade dos fatos.

públicos terão uma preocupação maior em desenvolver políticas públicas que efetivam estes direitos.

Conforme Cunha Junior (2008, p. 367):

Desse modo, a problemática da violação dos direitos fundamentais não se cinge a atos positivos do poder público. Compreende, com acentuado destaque, a falta de prestações e a inércia normativa dos órgãos de direção política. Destarte, como assevera Canotilho, “*a problemática dos direitos fundamentais não se sintetiza hoje na fórmula: ‘a lei no âmbito dos direitos fundamentais’; exige um complemento: ‘a lei como exigência de realização concreta dos direitos fundamentais’*”. Isso porque, no moderno Estado Constitucional de Direito, as Constituições – e a Constituição brasileira de 1988 é exemplar – não apenas impõem limites aos poderes legislativo e executivo, mas também lhes determinam deveres de atuação. Os direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, numa perspectiva objetiva, apresentam-se como verdadeiros parâmetros axiológicos de *limitação* à atuação estatal (*non facere*) e de *imposição* à atuação estatal (*facere*).

3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão: Normas programas sem vinculação do Poder Público, sem eficácia, à luz da interpretação constitucional do século XX

A disposição do assunto proposto torna necessária uma abordagem às classificações das normas constitucionais.

Estas são dotadas de superioridade e primariedade uma vez que norteiam todo o ordenamento jurídico. A Constituição e seu texto nem sempre tiveram suas normas dotadas de juridicidade. Do Estado absolutista, de legitimado poder conferido por Deus, em que as normas legais do pré-constitucionalismo traziam apenas conselhos, ou comandos políticos e filosóficos, passamos ao Estado liberal. Com o fim do absolutismo, as primeiras Constituições passaram a regular a separação dos poderes, suas competências e limites, sendo dotadas de juridicidade, até porque o constitucionalismo surge como forma de assegurar a limitação do poder estatal e garantir direitos da burguesia como liberdade de comércio e propriedade, maquiados pela bandeira da liberdade, igualdade e fraternidade.

O reconhecimento do caráter jurídico das normas constitucionais, nessa época, não trouxera polêmicas ou problemas, até porque a burguesia, rica e mantenedora do Estado, tinha o que queria, e este, por sua vez, tinha apenas como dever constitucional a sua abstenção, não interferência na vida privada ou social. Os direitos fundamentais de primeira dimensão, os individuais, direitos à vida, liberdade, igualdade, eram apenas formais, o Estado apenas tinha o dever de segurança pública para manter a ordem.

O problema do constitucionalismo começa a surgir, a partir do momento que a liberdade da burguesia, na vertente capitalista, aumenta a pobreza e cresce o número de pessoas marginalizadas devido à má distribuição de rendas, situação agravada pelas duas grandes guerras. O Estado é praticamente intimado a intervir na sociedade, no mercado econômico, transformando-se no gestor e organizador da sociedade para amenizar a situação gritante de calamidade e miséria. O Estado é convocado a ser o provedor do bem-estar social, surgindo como consequência desse segundo momento do constitucionalismo, a previsão dos direitos de segunda dimensão ou direitos sociais.

Segundo Cunha Junior (2008, p. 366):

Nas linhas que seguem, propomo-nos a analisar a efetividade dos direitos sociais. Com efeito, o que distingue-se os direitos sociais dos direitos de defesa é, basicamente, o seu objeto: enquanto o objeto dos direitos de defesa é uma *abstenção* do Estado, ou seja, um *non facere*, no sentido de que estes direitos têm por finalidade proteger o indivíduo contra as investidas abusivas dos órgãos estatais, exigindo destes tão-somente prestações negativas, os direitos sociais têm por objeto um atuar permanente do Estado, ou seja, um *facere*, consistente numa *prestação positiva de natureza material ou fática* em benefício do indivíduo, para garantir-lhe o *mínimo existencial* proporcionando-lhe, em consequência, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como providência reflexa típica do modelo de Bem-Estar-Social, responsável pelo desenvolvimento dos postulados da justiça social.

O Estado deixa de ser liberal, não interventor, passando de prestações negativas a positivas, sendo atribuído a ele o dever de concretizar os direitos sociais como educação, saúde, trabalho, previdência, lazer. Proporcionando não só a igualdade formal, mas também a material, que jamais seria atingida na forma de um Estado liberal (se é que podemos dizer que, algum dia, em alguma forma de Estado isto será possível, uma vez que, após várias tentativas, nem no Estado democrático de direito conseguimos tal proeza).

As Constituições dos Estados sociais trazem para os seus textos não só novos direitos, mas, como já vistos, novos deveres impostos aos governantes, o que não acontecia no Estado liberal, em que os governantes estavam tranqüilos, apenas tinham como função manter a ordem pública em uma economia livre, apoiando a burguesia que lhe trazia riquezas. O Estado social de um novo perfil veio com a intenção de obrigar que os governantes investissem dinheiro para efetivar direitos sociais previstos na Constituição. O que significava construção de hospitais públicos, distribuição de vacinas, construção de escolas, intervenção na economia e garantias de direitos trabalhistas, contratar pessoal, fazer políticas públicas para efetivar programas, garantido os direitos de segunda dimensão.

O problema da juridicidade constitucional começa neste momento. Como garantir eficácia jurídica e social a todas as normas constitucionais, se as normas relativas aos direitos fundamentais de segunda dimensão, para serem efetivadas pelos órgãos públicos, naquele momento, careciam de viabilidade econômica para grandes investimentos públicos, demandando grandes receitas²¹? Improvável de concretização diante da situação em que se estava o Estado, que não tinha qualquer dever passando a Estado provedor regido por uma Constituição social, sendo que surgem inúmeros deveres e responsabilidades. O Estado, prestador e garantidor de direitos através de investimentos públicos, precisava de um tempo para se adaptar e se programar. Assim, a interpretação da Constituição, seja por doutrinadores ou juristas, trouxe a classificação dos direitos sociais como normas constitucionais programáticas, ou programas de governo, considerando que tais direitos e deveres eram apenas objetivos a serem perseguidos pelo Estado brasileiro (país periférico), esperavam-se que, à medida do possível e com o tempo, os programas de governo fossem sendo cumpridos e, com isto, efetivar-se-iam os direitos sociais. O Estado, neste primeiro momento, não era obrigado a prestar tais deveres, as normas não eram vinculantes ou imperativas, eram programáticas, não tinham qualquer eficácia, seja jurídica ou social, o texto constitucional apenas trazia metas, planos de ação para que políticas públicas e programas fossem estabelecidos.

Algum tempo depois, a doutrina entende que as normas programáticas tinham sim uma eficácia jurídica, mas negativa, ou seja, norma infraconstitucional não poderia restringir o conteúdo essencial dos direitos sociais previstos. Surge então a idéia de que a norma programática impõe uma prestação positiva ao Estado, mas não tinha aplicabilidade imediata, apenas objetivo a ser perseguida através de programas cuja aplicabilidade se condicionava a possibilidade econômica do Estado.

A doutrina e jurisprudência aderem ao caráter programático da norma sem eficácia jurídica positiva diante da situação enfrentada pelo Estado na época deste constitucionalismo e, realmente, esperando o aferimento de condições econômicas para prover tais direitos. Porém, a doutrina assim como a jurisprudência, no decorrer dos anos, mudou suas interpretações quanto às normas constitucionais programáticas, consagrando sua eficácia jurídica positiva de força vinculativa, imperativas e determinantes, afirmando que, na

²¹ Nos países centrais ou de primeiro mundo, a viabilidade econômica para garantir os direitos sociais era mais provável e realmente através de programas conseguia-se cumprir as normas, diferente dos países periféricos ou subdesenvolvidos, onde da “noite para o dia” ganharam uma Constituição com direitos sociais, mas sem condições econômicas de garanti-los.

interpretação atual, qualquer norma constitucional, inclusive direitos fundamentais de segunda dimensão, os sociais, é totalmente provida de eficácia jurídica, sendo ainda dotados de primariedade, superioridade hierárquica.

Partindo da premissa anterior de que todas as normas constitucionais têm eficácia jurídica, passaremos expor a seguir sobre eficácia jurídica, aplicabilidade, eficácia social, e efetividade da norma constitucional.

3.3 Eficácia jurídica, social e aplicabilidade dos direitos fundamentais à luz da interpretação atual das normas constitucionais programáticas

Podemos dizer que uma norma para ser considerada válida, é aquela surgida e preenchendo todos os requisitos exigidos para a sua formação, o que se difere de vigência, que é aptidão para impor deveres e assegurar direitos no mundo jurídico quando ela existe neste. Uma norma pode ser válida, mas não vigente, quando, por exemplo, já foi revogada.

Eficácia é a aptidão de uma norma para produzir efeitos, seja eficácia jurídica, aptidão para produzir efeitos jurídicos, para prescrever como deve ser, ou seja, eficácia social, aptidão para produzir efeitos sociais o que também é chamada de efetividade da norma, assim uma norma só é efetiva quando tem eficácia social.

A eficácia jurídica nem sempre coincide com o período de vigência, por exemplo, nos casos em que não têm mais vigência por terem sido revogadas, mas está apta a ser aplicada seja pela retroatividade, como casos das normas penais para beneficiar o réu, ou ultratividade, aplicável no direito tributário para fatos geradores que ocorreram na época de sua vigência.

Reiterando que toda norma constitucional tem eficácia jurídica, certo é dizer, a princípio, que nem todas, principalmente grande parte das normas de direitos fundamentais de segunda, terceira e quarta dimensão não têm eficácia social e assim não têm efetividade.

Uma norma de eficácia social ou efetiva é uma norma cumprida pela sociedade ou em prol desta. Na eficácia jurídica, é previsto “como deve ser” que se efetiva se este “como deve ser” sai do campo do “dever ser” para o “ser”.

O texto constituinte de 1988 foi além, para dirimir qualquer dúvida acerca dos direitos fundamentais, deixou expresso no artigo 5º, §1º, da atual Constituição, que a aplicabilidade destes também seriam imediatas. Assim, na nova interpretação do final do séc.

XX e início do XXI, podemos dizer que as normas de direitos fundamentais, sejam quais forem, têm eficácia jurídica positiva e aplicabilidade imediata o que significa dizer que uma vez desrespeitadas, seja por omissão do Legislativo nas regulamentações infraconstitucionais quando necessárias, seja na falta de políticas públicas adequadas por responsabilidade do Executivo, o particular tem direito de ação, podendo, portanto, pleitear tal direito ao Judiciário para que o mesmo seja cumprido mediante sentença judicial.

Para Cunha Junior (2008, p. 353):

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira, comentando o art.18º/1º da Constituição Portuguesa, que serviu de referência para adoção do nosso artigo 5º, § 1º, sustentam que os preceitos que versam sobre os direitos, liberdades e garantias são, para além de normas perceptivas, normas de eficácia imediata, sendo diretamente aplicáveis, no sentido de que essas normas aplicam-se mesmo na ausência de lei.

3.4 Eficácia jurídica dos direitos fundamentais da criança e adolescente e princípio da separação dos poderes

Discorreremos sobre o assunto começando com as seguintes perguntas: Pode o Judiciário, ao julgar uma ação, decidir sobre políticas públicas interferindo na questão orçamentária ou tal atitude fere o princípio da separação dos poderes? Diante de uma norma programática de direito fundamental não regulamentada por lei infraconstitucional, pode o Judiciário diante da omissão legislativa aplicar a norma subjetiva ao caso concreto definindo seus contornos e efetividade ou estaríamos, neste caso, diante de abuso deste poder acarretando uma crise de legitimidade? Em que medida a violação dos direitos fundamentais pode ensejar o controle judicial de políticas públicas?

Para respondermos tais perguntas, sem querer esgotar o assunto, necessário se faz demonstrarmos um pouco sobre o que é princípio da separação dos poderes e sua interpretação ao longo da história.

Aristóteles, em sua obra “A Política”, lançou a base da teoria sobre a separação das funções do Estado, preocupando-se com o perigo para a sociedade do controle exclusivo do poder e dividindo o governo de três formas: uma para deliberar sobre assuntos públicos, o que seria a base do Executivo, uma para exercer a magistratura, futuramente seria o Judiciário e outra para administrar a justiça, base do Legislativo.

Maquiavel, com sua obra “O Príncipe”, no séc. XVI, também fez a previsão de três poderes distintos, determinou a criação do Legislativo (na figura de um parlamento), do Executivo (o Rei) e de um Judiciário independente, para a defesa dos mais fracos diante do Estado para impedir a interferência deste na vida privada e na liberdade, John Locke criou em sua teoria de separação: Legislativo, Federativo para tratar das relações externas do Estado e o Executivo que executava as leis.

Mas em Montesquieu, na obra “o Espírito das Leis” de 1748, que foi feita a previsão desta separação de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, exercidos por órgãos diferentes e sendo estes harmônicos e independentes entre si, sendo que esta divisão tinha fundamento na garantia da liberdade dos cidadãos perante o Estado e uma melhor administração por parte do Estado, à medida que as funções eram divididas. Montesquieu previa o Legislativo como o responsável pela feitura das leis, o Judiciário por aplicá-las para resolver conflitos e o Executivo pela administração do Estado. A separação conceituada por Montesquieu concretizou-se na Constituição americana de 1787 e francesa de 1789, sendo utilizada na atualidade.

O fulcro desta separação dos poderes era a proteção do cidadão frente ao abuso do poder estatal. Para Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”²².

A idéia de separação de poderes ganha força na Revolução Francesa quando a classe burguesa queria ver garantidos os seus direitos de liberdade e propriedade evitando abusos do poder estatal que se concentrava na mão do monarca, aumentando a eficiência do Estado na separação de funções e ao mesmo tempo limitando este poder através de sua divisão. Assim, o princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu torna-se norma constitucional, cujo objetivo era a limitação do poder do Estado absolutista e repressor em face ao indivíduo, através de uma norma maior, a Constituição que deveria ser obedecida por todos, governantes e governados, surgindo assim o Estado de direito.

Com a constitucionalização e separação dos poderes, a classe burguesa conseguia a redução do poder do monarca, reduzindo a uma atuação mínima, deixando o Estado de ser absolutista e tornando-se liberal.

²² MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. 75 p. Disponível em: <file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt.>. Acesso em: 25 de set. de 2010.

No séc. XVIII, a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário era prevista de forma mais rigorosa, reflexo do repúdio e temor do renascimento do Estado absolutista, em que o poder era concentrado nas mãos do soberano que o exercia de forma violenta e abusiva, de acordo com sua vontade e conveniência.

Montesquieu deixa claro, em sua obra, a preocupação com o poder tirano e absoluto, concentrado nas mãos de um só, daí a separação de poderes na concepção rígida, posto que não podemos considerá-la absoluta, pois na própria obra, “do Espírito das Leis”, ele admite a interferência de poderes visando à limitação destes. Estabelece que a liberdade depende de uma clara e bem delineada separação de poderes, fixando, portanto, o âmbito de atuação dos mesmos. Verifica-se que ele admite, para garantir a justiça, igualdade e a liberdade, o exercício de funções atípicas por estes poderes.

Para Montesquieu²³:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

A separação dos poderes de forma rígida, nos seios do Estado liberal, é vista como solução da limitação do poder estatal, antes absoluto, além de garantir com esta limitação as liberdades políticas da classe burguesa.

Neste primeiro momento do Estado de direito liberal, são garantido os direitos individuais pela sua omissão, mas que, de certa forma, torna-se interventor para garantir a ascensão da burguesia através da feitura de legislações que regulavam o comércio e através da parcela de poder político conferido à classe burguesa.

Em um segundo momento do Estado de direito social, a intervenção também se torna necessária para tutelar os direitos não só do empresário patrão, mas do trabalhador.

Podemos dizer que a teoria da separação dos poderes na sua concepção clássica não pode mais ser sustentada no Estado social. A separação rígida na visão de Montesquieu dá lugar à relativização, a uma interpretação valorativa. A verdadeira limitação do poder do Estado só se torna real quando a separação deixa de ser absoluta e se relativiza buscando harmonização destes poderes, criando sistema de freios e contrapesos, quando um poder

²³ MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. 75 p Disponível em: <file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt.> Acesso em: 25 de set. de 2010..

interfere na competência do outro, não por desrespeitar este princípio, mas para garantir outros princípios constitucionais cessando os abusos cometidos e concretizando os direitos fundamentais.

No Estado social e principalmente no estado democrático de direito, o papel do Judiciário se torna outro, diferente de uma mínima atuação no Estado liberal, o Judiciário tem atuação mais influente, interferindo nos assuntos de outros poderes, participando da política e da vida pública, exigindo que os outros poderes cumpram o definido na Constituição, ganhando mais espaço na vida da sociedade, participando, de certa forma, da concretização das políticas públicas definidas pela Constituição e desrespeitadas pelos Legislativo e Executivo, fenômeno que chamamos de judicialização da política. Contudo, no constitucionalismo contemporâneo, nasce uma nova discussão acerca da separação dos poderes diante dos direitos fundamentais que ganham eficácia social através das políticas públicas, e diante da omissão do Administrador e do Legislativo, a efetividade ocorre através de decisões judiciais que interferem nas funções típicas destes poderes.

Para Bonavides (1998, p. 146) “Numa idade em que o povo organizado se fez o único e verdadeiro poder e o Estado contraiu na ordem social responsabilidades que o Estado Liberal jamais conheceu, não há lugar para a prática de um princípio rigoroso de separação”.

Assim, no Estado democrático de direito, não só os governados respeitam as normas, mas também os governantes. O Estado se torna provedor e garantidor da liberdade objetiva em suas várias extensões assim como os direitos fundamentais devem se tornar eficazes com a concretização jurídica e social. As Constituições atribuem deveres e competências aos poderes, definindo as esferas de atuação de cada um deles, estabelecendo suas funções típicas e atípicas. O temor da volta do absolutismo do Estado liberal, no Estado social e no Estado democrático dá lugar à limitação e interferência entre estes próprios poderes a fim de se concretizam os direitos fundamentais, mas, sem perda da legitimidade destes, quando um interfere na esfera do outro, principalmente quando falamos do Judiciário condenando o Executivo em relação à modificação de políticas públicas ou emprego de verbas públicas interferindo na questão orçamentária cuja competência do projeto de lei está nas mãos do Executivo e cuja aprovação do Legislativo. Derrubar a rigorosa separação dos poderes permitindo a interferência de um no outro é garantir a própria limitação destes, é democracia, evitando o absolutismo sem regras e desenfreado dentro do poder, no exercício das funções típicas.

Para Bonavides (2006) ocorre uma transferência de foco do constitucionalismo do Estado liberal para o social. No primeiro, as relações entre os poderes resultavam de uma

desconfiança remanescente da época do absolutismo, a conservação da liberdade em toda sua dimensão subjetiva. Já no segundo, o foco deixa de ser a separação dos poderes como limitação e passa à efetividade dos direitos fundamentais.

Permitir e aceitar que o Judiciário, em suas decisões, obrigue o Executivo a realizar determinadas políticas públicas no lugar de outras definidas no plano orçamentário é garantir o não abuso de poder, e sim a limitação dos mesmos e o cumprimento de suas funções típicas conforme determina a Constituição. Não é colocar em crise a legitimidade destes poderes, mas, antes de tudo, é garantir a própria legitimidade da Constituição.

Por isto, é importante que esta interferência também seja razoável e proporcional diante da história constitucional de cada Estado, principalmente dos Estados chamados de periféricos cujas Cartas constitucionais foram muito mais cópias de outras já existentes em outros países do que reflexo da sua realidade.

O cuidado a ser tomado deve girar em torno da possibilidade de concretização dos direitos fundamentais, portanto o Judiciário, ao interferir decidindo questões orçamentárias e de políticas públicas, deverá fazer uma análise mais profunda, verificando se sua decisão realmente terá possibilidade de concretização ou se gerará um “beco sem saída” para os demais poderes, fazendo aí sim surgir uma crise de legitimidade destes e da própria Constituição.

As Constituições do Estado social são prolixas e colocam-no como o único e verdadeiro responsável em garantir os direitos sociais, cuja efetividade destes está diretamente ligada a recursos financeiros, nem sempre ele os terá.

Não queremos, com isto, defender a tese da reserva do possível para todas as desculpas, mas dizer que o Judiciário, por mais que exerça sua função de jurisdição, deve fazer de forma razoável e gradativa, possibilitando o efetivo cumprimento de suas decisões. A exigência gradativa, razoável e proporcional evitará uma crise de legitimidade, pois pouco importa a positivação de um direito diante de uma construção histórica, pois a eficácia deste direito só será possível se este corresponder à realidade.

Para Cunha Junior (2008, p. 372):

Por último, não podemos concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático *da reserva do possível*, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde, e a educação por exemplo. A esse ponto, dada a sua problemática, pretendemos retornar adiante. Fica por ora, apenas registrada a opinião deste trabalho no sentido de que os

problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” de Estado significa reduzir sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade do constituinte.

Bonavides (2006, p. 645) afirma que:

A Constituição confere a cada Poder uma função típica e independência orgânica, posto que a separação e independência não são absolutas, além de haver previsões constitucionais limitando o poder pelo poder, onde diretamente ou indiretamente permitem a interferência, os Poderes exercem funções atípicas suas ou típicas de outros Poderes.

Bonavides (1998, p. 147) faz a segunda pergunta:

Como conciliar a noção de soberania com a de poderes divididos e separados? O princípio vale unicamente por técnica distributiva de funções distintas entre órgãos relativamente separados, nunca porém valerá em termos de incomunicabilidade, antes sem de íntima cooperação, harmonia e equilíbrio, sem nenhuma linha que marque a separação absoluta ou intransponível.

A harmonização e interação dos três poderes são extremamente necessárias, diante do complexo e atual quadro social, para que se torne possível a efetividade dos direitos fundamentais seja os previstos na Constituição ou em outros textos legais, e, com isto, seja respeitada a dignidade humana.

No constitucionalismo brasileiro, a separação dos poderes ganhou interpretações variadas, conferindo ao Judiciário diferentes papéis e crescimento importante acerca da força de suas decisões na tutela dos direitos coletivos e difusos (categoria que se enquadram os direitos da criança e adolescente segundo o ECA), principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, com a consolidação da democracia aumentado a importância deste Poder. Diante do atual quadro social e político, o Judiciário vive um momento de expressiva ascensão, diferente de sua atuação nos séculos anteriores, por isto é necessário que os magistrados estejam preparados, e, ao exercerem suas funções principalmente no que se refere aos direitos fundamentais da criança e adolescente, não continuem agindo como simples intérprete da legislação em vigor, mas que se tornem flexíveis, adaptando a lei ao caso concreto, à realidade sócio-econômica.

Para Faria (2010, p. 111):

Se toda corporação judicial não renovar sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelada a uma visão-de-mundo liberal-classista, sem compreender que

quanto mais programática forem as normas dos direitos sociais, maior é o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, o Judiciário corre o sério risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva; uma sociedade que, nos segmentos mais desfavorecidos, não tem achado socorro tanto na Constituição quanto na imensa profusão de leis e código em vigor.

A Constituição do Império de 1824 fazia a previsão de quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, apesar da previsão da harmonia e equilíbrio não trazia escrito expressamente em independência dos poderes. Porém, tal forma de separação acarretava, na verdade, desequilíbrio e desarmonia, uma vez que o imperador era dotado de mais poderes, possuía o Executivo e Moderador, e através deste, impunha-se sem limitações.

Na Constituição de 1891, a primeira da República, sob a influência do constitucionalismo americano, são consagrados, em seu texto, apenas três poderes: o Executivo, Legislativo e Judiciário, prevendo a harmonia e independência de ambos.

A Constituição de 1934 seguiu a republicana anterior prevendo os mesmos três poderes, continua prevendo a independência, porém substitui a palavra “harmônicos” por “coordenados entre si”, sendo que o Senado foi tratado pela Constituição como colaborador do Legislativo e não como órgão do mesmo, conferindo-lhe supremacia para realizar os sistema de freios e contrapesos entre os poderes.

A Constituição de 1937, de Getúlio Vargas, omite-se sobre o princípio da separação dos poderes e comete um retrocesso em relação à independência destes fortalecendo o Presidente. O artigo 75, alínea b, conferia a ele a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados em caso de não aprovação por aquele órgão de medidas tomadas durante o estado de guerra ou emergência e o Senado é substituído pelo Conselho Federal composto por representantes dos estados e dez membros nomeados pelo próprio Presidente.

Com o final da ditadura de Getúlio, em 1946, a separação dos poderes é prevista novamente na forma tradicional: Executivo, Legislativo e Judiciário, restabelecendo a idéia de harmonia e independência.

No regime militar, na Constituição de 1967 e 1969, a previsão da separação de poderes não trazia inovações em relação à Constituição de 1946 a não ser a previsão do decreto-lei que conferia competência legislativa plena ao Executivo. Apesar de os poderes serem três, apenas o Executivo detinha o monopólio das decisões, e através dos atos institucionais, fez-se o regime autoritário.

Na Constituição de 1988, o artigo 2º prevê a separação, harmonia e independência dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Porém, esta separação, no contexto

contemporâneo, como já expresso, não é absoluta, mas relativa. A própria Constituição faz previsões permitindo interferências em suas determinações sobre o exercício das funções típicas e atípicas. Para definirmos a separação dos poderes após a Constituição de 1988, é necessário analisar a autonomia decisória no exercício das funções típicas constitucionais.

Os direitos fundamentais da criança e adolescente estão previstos na Constituição do Brasil de 1988, além de estarem previstos em norma específica, qual seja, ECA. Importante citar, nesta parte do texto, o artigo 227 da Constituição que responsabiliza o Estado, a família e a sociedade na garantias dos direitos fundamentais destes novos sujeitos de direito, além de prever que estes direitos devam ter absoluta prioridade. Então podemos dizer que as normas de direitos fundamentais da criança e adolescente, além de aplicabilidade imediata, têm prioridade de efetividade em detrimento de qualquer outra norma, daí a possibilidade do Judiciário determinar que sejam cumpridas políticas públicas para concretização destes direitos em lugar de outras. Quando o Legislativo ou Executivo deixam de dar prioridade à concretização dos direitos fundamentais da criança e adolescente, estão desobedecendo aos artigos 5º, §1º, e artigo 227 da Constituição brasileira.

A doutrina e jurisprudência que se formam, principalmente, em nível do STF, acerca do controle do Judiciário sobre o Executivo na realização de políticas públicas, vêm sendo pelo entendimento de não haver violação ao princípio da separação dos poderes diante da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais uma vez que é função típica do Judiciário fazer com que os outros Poderes cumpram também suas funções típicas determinadas pela Constituição. Vejamos algumas decisões dos tribunais: em Reexame necessário, ano de 2007, para 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de nº 1.0024.06.275031-0/001, pleiteando tutela ao direito à saúde para criança e adolescente com fornecimento de medicamento específico para determinada doença, em face do município de Belo Horizonte que alegou não ser responsável por aquele tipo específico de medicamento uma vez que o Sistema Único de Saúde (SUS) só se responsabilizava por remédios essenciais não englobando a categoria daquele em específico. No julgamento do Reexame, veja parte do voto vencedor do relator Desembargador Nepomuceno Silva:

(...) A efetivação dos direitos da **CRIANÇA** e do **ADOLESCENTE**, relativos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, "com absoluta prioridade", que compreende "primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias" (ECA, art. 4º, caput e parágrafo único, "a" c/c art. 227, caput da CF).

Os direitos e garantias fundamentais são assegurados pela díade constitucional da eficácia e da aplicabilidade imediata, que configura sustentáculo da efetividade dos fundamentos do Estado democrático de direito, mormente a dignidade da pessoa humana (CF, 5º, § 1º c/c art. 1º, III). (...)

(...) Não se pode admitir, portanto, que o invólucro (processo) prevaleça sobre o conteúdo (direito à saúde), porque o formalismo procedimental deve ceder à primazia dos direitos e garantias fundamentais, principalmente quando orbitarem na esfera menorista que, repito, tem "absoluta prioridade".

O juiz ao aplicar a lei deve ater-se aos fins sociais a que a norma se destina e às exigências do bem comum (LICC, art. 5º). O descumprimento dessa norma de sobredireito, que revela interpretação teleológica (ou sociológica), conduz ao inadmissível distanciamento entre a Justiça e o Direito. (...)

(...) Compete, pois, ao Poder Público, com participação conjunta e solidária de todas as suas esferas, garantir o direito à saúde, que é indissociável do direito à vida, prerrogativa constitucional com caráter de direito fundamental, que não pode ser preterido por questões burocráticas, políticas, econômicas ou financeiras. (...)²⁴

Ainda em Reexame necessário, ano de 2008, dirigido à 7ª Câmara Cível do mesmo Tribunal acima, em ação civil pública de nº 1.0439.97.064671-6/001(1), para fornecimento de medicamentos e custeio de tratamento para menor em face do Poder executivo municipal, sendo que o mesmo alegou não existir dotação orçamentária específica para que possa fornecer o medicamento pleiteado, o relator Desembargador Belizário de Lacerda, voto acompanhado por unanimidade, fundamentou sua decisão com fulcro no artigo 196 da Constituição da República que dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, decorrendo a norma enfocada do princípio da dignidade humana, “o infante não pode ficar a mercê do desinteresse das autoridades e da insensibilidade dos homens públicos”.²⁵

Em Agravo de Instrumento, ano de 2009, dirigido à 5ª Câmara Cível também do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de nº 1.0231.08.126811-3/001, em ação proposta pelo Ministério Público (MP) (as ações citadas acima também foram propostas pelo MP cada vez mais atuante na defesa dos direitos da criança e adolescente), para concessão de matrícula de criança em creche e pré-escola, em face do Executivo de Ribeirão da Neves o qual alegou em sua defesa a insuficiência de recursos e o princípio da reserva do possível, o voto da relatora Desembargadora Maria Elza, não acompanhado apenas pelo 2º vogal, Desembargador Mauro Soares de Freitas, foi no sentido de “(...) a Constituição da República assegura de maneira clara e indubitável, ser dever do Estado assegurar o atendimento em creche de pré-escola às crianças de zero a seis anos, como o caso em tela.” E a relatora ainda dispôs:

²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível/Reexame necessário nº 1.0024.06.275031-0/001**. Relator Nepomuceno Silva. Publicado em 06 de dezembro de 2007: Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/>. Acesso em: 10 maio 2010.

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Recurso de Apelação nº1. 0439.97.064671-6/001(1)**. Relator Belizário de Lacerda. Data da Publicação do Acórdão: 07/11/2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/>. Acesso em: 10 de maio 2010.

(...) O Poder Judiciário, no exercício de sua alta e importante missão constitucional, deve e pode impor ao Poder Executivo Municipal o cumprimento da disposição constitucional que garanta proteção integral à **CRIANÇA** e ao **ADOLESCENTE**, sob pena de compactuar e legitimar com omissões que maculam direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o que é vedado pelo texto constitucional. Tal posicionamento não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição e para contrariar o interesse público. Da mesma maneira, tampouco há de ser afastada a efetividade dos preceitos constitucionais com base na cláusula da reserva do possível. (...) ²⁶

Veja ainda parte do voto do Desembargados Nepomuceno Silva sobre a prioridade dos direitos da criança e adolescente:

(...) a indisponibilidade do interesse público, no caso máxime da **CRIANÇA** e do **ADOLESCENTE**, é básica em qualquer lugar, seja pobre ou não; a questão é de política **PÚBLICA** do prefeito, dos governadores de, no início da gestão, determinar o que é prioridade, e a **CRIANÇA** é prioridade em qualquer lugar do mundo. É questão de dever público de todos. (...) ²⁷

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais nas decisões acima referidas, fundamenta suas decisões em uma grande gama de decisões do STJ em Recursos Especiais, entre eles os de nº 901.109/RS, 688.052/RS, 871.204/RS, 901.109/RS, 810.010/SP, 823.079/RS, 856.194/RS.

Em Recurso Ordinário dirigido ao STJ, de nº 11.183/PR, para 1ª Turma, objetivando o fornecimento de medicamentos para pessoa portadora de deficiência grave, o Tribunal dispôs em sua ementa que “a exigência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos da administração do Estado voltados para o homem”.

No que tange ao órgão maior da estrutura judiciária, o STF, trazemos dois julgados para exemplificar o assunto ora tratado.

Em Recurso Extraordinário (RE) de nº 271286/RS para 2ª Turma, já no ano de 2000, o respectivo Tribunal trouxe em sua ementa acerca da interpretação da norma programática de direito fundamental o seguinte:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento N° 1.0231.08.126811-3/001**. Relator Maria Elza. Publicado em 19 junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>> Acesso em: 10 de maio 2010.

²⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento N° 1.0231.08.126811-3/001**. Relator Maria Elza. Publicado em 19 junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>> Acesso em: 10 de maio 2010.

converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.²⁸

Em RE de nº 170.782-8 ao STF, o respectivo Tribunal acerca da legitimidade do MP para defesa dos direitos da criança e adolescente dispõe que

(...) compete ao Ministério Público promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e adolescência competindo ao mesmo zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais asseguradas às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis(...)

Ou seja, não apenas tem legitimidade para as ações acima citadas, mas qualquer ação necessária para garantias dos direitos da criança e adolescente.

Em RE proveniente de Agravo nº 410715 sobre oferecimento de educação infantil, o STF decidiu:

(...) Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda **CRIANÇA**, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração **PÚBLICA**, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - 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 Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do 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. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 12/9/2000, DJ 24/11/2000.

culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível".²⁹

Para defender nosso pensamento, importante se faz demonstrar também informativo do STF para corroborar em nossa fundamentação. O informativo de nº 410 traz disposições acerca da possibilidade do Judiciário determinar a implementação de políticas públicas, senão vejamos o que dispõe:

Educação Infantil. Atendimento em Creche. Dever Constitucional do Poder Público. A Turma manteve decisão monocrática do Min. Celso de Mello, relator, que dera provimento a recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado-membro que, em ação civil pública, afirmara que a matrícula de criança em creche municipal seria ato discricionário da Administração Pública — v. Informativo 407. Tendo em conta que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível (CF, art. 208, IV), asseverou-se que essa não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Entendeu-se que os Municípios, atuando prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º), não poderão eximir-se do mandamento constitucional disposto no aludido art. 208, IV, cuja eficácia não deve ser comprometida por juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade. Por fim, ressaltou-se a possibilidade de o Poder Judiciário, excepcionalmente, determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos políticos-jurídicos, de modo a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. RE 436996 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 22.11.2005. (RE-436996).³⁰

Para o STF, norma constitucional programática não é promessa constitucional vazia, a reserva do possível não pode ser utilizada para enfraquecer a força normativa.

Quando se encontra norma regulamentadora ou execução de políticas públicas deficientes, entra em cena o Judiciário tutelando inter partes estes direitos.

O desafio enfrentado pelo judiciário também envolve a garantia de direitos fundamentais carecedores de regulamentação. De um Estado liberal garantista, em que as ações judiciais se limitavam à tutela de proteção do que já era previsto em lei, passamos a um Estado provedor, cujo direito de ação engloba a tutela do que ainda não está regulamentado, mas que fazem parte de promessas constitucionais. A sociedade busca no Judiciário (o qual é reconhecido pela mesma como uma instituição que possibilita o exercício da cidadania garantindo a democracia) a implementação de políticas públicas, sendo chamado a concretizar os direitos fundamentais.

²⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 410715 / SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03/02/2006 p. 00076.

³⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento de RE 436996 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 22.11.2005. (RE-436996). Relator Ministro Celso de Mello. **Informativo 410.**

No complexo Estado de direito atual, com aumento dos direitos fundamentais, o Judiciário enfrenta o desafio de garantir a eficácia destes direitos mediante políticas públicas, atribuindo ao magistrado a função ativa na afirmação da democracia, em que atuam também na arena da distribuição de recursos e equilíbrio de poderes, posto que apesar de seu esforço este Poder tem enfrentado a dificuldade de adaptar sua estrutura organizacional.

Diante da violação dos direitos fundamentais, admite-se a correção das políticas capaz de cumprir os preceitos constitucionais exercendo sua função jurisdicional de coibir violações aos direitos fundamentais e assegurando que as iniciativas legislativas e administrativas não comprometam a garantia dos direitos fundamentais.

Para Cunha Junior (2008, p. 372):

A Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial, a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, deve o poder judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo material dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes, uma vez que são “dotados de força normativa autônoma contra ausência do legislador”, e é tarefa constitucional do judiciário fazê-los e aplicar.

Não pode o Judiciário se furtar em condenar o Executivo a cumprir deveres determinados pela Constituição da República sob a alegação do princípio da reserva do possível e crise fiscal, como bem já tem entendido os tribunais, principalmente quando se trata de direitos fundamentais da criança e adolescente, norma de aplicabilidade imediata e de prioridade absoluta.

3.5 Cidadania Consciente: A legitimação do Estado Democrático.

No verdadeiro Estado democrático não se estabelecem direitos e os apresentam à sociedade, mas os direitos são previstos pela própria sociedade de acordo com suas necessidades de tutela e positivação o que leva a construção do Estado Democrático de Direito, poder exercido pelo povo e não apresentado ao povo.

O processo judicial deve ultrapassar os limites burgueses das escolas jurídicas e ser acessível a todos, refletindo a realidade social, só assim terá eficácia social ou efetividade, não bastando que as ações sejam manuseáveis pelo cidadão em sua forma, seja direta ou em ações de cunho coletivo das associações, mas que saiba como, quando e onde utilizá-las. Os meios

devem ser oferecidos dentro de uma visão processualista democrática, levando o seu conhecimento e facilidade de acesso a todos.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê instrumentos processuais relevantes para o cumprimento dos direitos fundamentais. Temos as ações diretas de inconstitucionalidade, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, de inconstitucionalidade por omissão legislativa, temos a previsão do devido processo legal, ampla defesa, mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, ações populares, e a aqui estudada, ação civil pública, além do processo eleitoral democrático, posto que a previsão de meios necessários ao exercício da cidadania e concretude da democracia não levam automaticamente à efetivação, principalmente em uma país de alta exclusão social.

É importante que os direitos fundamentais sejam realizados através de uma Constituição procedimentalista processual e democrática mas não apenas subjetiva ou substancial mas material e adaptável à realidade.

A proteção efetiva dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada a transformação estrutural do poder público (falando dos três poderes), fortalecendo a cidadania consciente e democratizando a jurisdição.

O resultado da falta de legitimação do Estado Democrático de hoje é fruto da in experiência do Estado Social, principalmente por ser o Brasil país de característica periférica, realidade que aos poucos vem sendo mudada.

É importante a busca para uma democracia participativa e uma cidadania consciente. No Brasil temos a previsão Constitucional de uma democracia mista, representativa, através do processo eleitoral, mas também participativa, através de instrumentos como plebiscito e referendun, posto que estes dois últimos raramente foram utilizados.

Como dispõe Habermas (1997) sobre a separação do centro da periferia, dos donos do poder dos excluídos, pois os primeiros acabam decidindo pelos segundos, sem saber sequer quais são as verdadeiras necessidades ou problemas, pela falta de comunicação, de interação, gerando uma crise na eficácia de suas decisões e legitimação do Estado Democrático.

O problema maior não está na previsão de meios processuais, mas na exclusão social que permeia a sociedade brasileira, onde para que seja possível a realização do Estado Democrático de Direito, extremamente importante são as políticas públicas de inclusão voltadas para a sociedade marginalizada, com baixos índices de educação e alto índice de pobreza que compõe a maioria da população brasileira, dando concretude à democracia e cidadania não apenas para as classes de melhor poder aquisitivo, herança dos Estados anteriores, e ameaça ao Estado Democrático.

Podemos dizer que a sociedade excludente é fruto das classes sociais sempre divididas pelas desigualdades, principalmente a econômica que desencadeia outras, originando os preconceitos. Para a consolidação de um autêntico Estado Democrático são necessárias mudanças na cultura brasileira, onde o governo e donos do poder sempre decidiram, apresentando direitos prontos e acabados, para abertura na participação popular e a possibilidade do exercício consciente da cidadania. Não podemos deixar que o estado Democrático cometa o mesmo erro do Estado Social onde o direito era usado como arma ou objeto de negociação das classes de posse para submeter a classe mais desfavorecida, o que historicamente sempre beneficiou os donos do capital.

A efetividade dos direitos fundamentais tornar-se-á possível com a inclusão do outro para que este possa participar da construção do Estado, exercendo não uma cidadania moldada e oferecida pelo poder, muitas vezes mais um ônus que um bônus, o que achamos ser possível através da informação, educação e políticas de inclusão que promovam o interesse e confiança da população.³¹

As oportunidades de participação pluralista devem ser dadas a todos, em prol disto, mudanças significativas já vêm ocorrendo, “os homens de toga”, juízes e promotores da escola classista e dogmática tem aos poucos mudado suas atitudes e visões sociais, saindo de seus gabinetes e buscando uma maior interação social a fim de garantir maior efetividade às suas decisões.

Como exemplo citamos a Associação dos Juízes para a Democracia, criada em 13 de maio de 1991 nas dependências da USP (Universidade de São Paulo), sendo uma entidade civil sem fins lucrativos ou interesses corporativistas, cujo objetivo primordial se concentra na defesa e promoção do Estado Democrático através da participação social, na defesa da dignidade da pessoa através da democratização do próprio judiciário (seja na organização ou atuação jurisdicional, no resgate do serviço público, no exercício do poder através da transparência e controle do cidadão), cujo ideal é reunir institucionalmente o maior número de magistrados que se comprometem a uma mudança da cultura jurídica através de

³¹ Talvez esta falta de interesse no processo político venha da falta da descrença popular ocasionada pela própria exclusão e falta de poder decisório ao longo da construção histórica social, é necessário mudar esta cultura mostrando que o Estado está mudando e cuja mudança depende da cidadania oferecida a todos. Fato interessante e notório é a eleição do candidato Francisco, vulgo Tiririca, um palhaço que assumidamente desconhece as funções de deputado e não tem qualquer instrução ou conhecimentos para exercício de um mandato representativo, sendo comprovado judicialmente ser um sujeito analfabeto, em dez palavras ditadas acertou apenas duas, e no entanto foi o candidato mais bem votado nas últimas eleições, o que nos leva concluir por dois motivos, ou o povo estaria tão desacreditado que passou a levar o processo eleitoral e o exercício da cidadania como uma brincadeira desistindo de vez da democracia ou queria uma representatividade mais realista, mais interativa e de linguagem igualitária, para que esta representatividade seja conhecida e possa se fazer entender, buscando o patamar da igualdade e acessibilidade.

participações e interações com a sociedade buscando a efetividade dos direitos fundamentais. Esta associação aspira mudanças na formação dos juízes herdada da escola classista, burocraticamente ligada ao texto legal, dando mais importância ao meio do que ao fim almejado, para uma visão mais realista de eficácia social porém sem sair da legalidade e sem descumprir as normas constitucionais, mas promovendo debates, seminários, informações de cunho moderno, levando a uma experiência jurídica, diferente dos bancos escolares teóricos, mais humanas e libertárias, tanto no âmbito nacional como internacional.

Afinal, não basta que o juiz bem conheça a lei. Tem que dar ao Direito o sentido de uma prática social rumo à utopia de uma sociedade justa que como advertiu Cornelius Castoriadis, não é aquela que adotou leis justas para sempre e sim aquela em que a questão da justiça permaneça constantemente aberta.³²

Ainda no site disponível da Associação encontramos informações sobre o Tribunal Popular, movimento popular que surgiu devido a preocupação com a criminalidade da criança e adolescente no país e que reúne entidades e pessoas preocupadas com a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, e que julga ações e omissões do Estado Brasileiro, a partir da perspectiva da sociedade civil.

Segundo Newton de Oliveira Lima:

(...) a função de uma jurisdição constitucional processualizada é a construção de direitos fundamentais sob um paradigma democrático-processualizante, com uma cidadania ativa voltada para a intervenção processual maximizada e possível co-protagonização da decisão judicial e a consequente construção de direitos pelo cidadão, evitando uma passividade jurídico-política do mesmo que revela exatamente uma postura de conformismo dominado de ausência de uma consciência política da cidadania participativa e ativa juridicamente.³³

As ações civis públicas para tutelar direitos difusos da criança e adolescente tem um bom rol de legitimidade para garantir estes direitos, o problema está não no mecanismo processual mas na instituição legitimada, operacionalização e gestão do Ministério Público e na falta de conhecimento e informações da sociedade tanto a respeito do Ministério público quanto sobre as Associações Cívicas.

O Ministério Público foi tratado de modo especial pela Constituição de 1988, dentro do capítulo destinado às funções essenciais da Justiça, no artigo 129, é conferida ao Ministério Público a defesa da Constituição e ordenamento jurídico, da cidadania, da democracia, assim como a defesa do patrimônio público e dos direitos difusos através das ações civis públicas,

³² Associação Juízes para a Democracia. **Quem somos**. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/busca.php>. Acesso em: 09 de dez. 2010.

³³ LIMA. Newton de Oliveira. **A jurisdição constitucional procedimentalista como meio de construção de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37511/1>. Acesso em 10 de dez. 2010.

além de serem legitimados na responsabilização dos agentes públicos quanto seus atos ilegais e abuso de poder.

O Ministério Público é Instituição essencial para defesa do Estado Democrático de Direito, posto que, a democracia real não pode ser concentrada nas mãos do próprio poder e decidida pelo poder, mas sim com a participação de todos. Diante destas preocupações e na busca da tutela dos excluídos, o Ministério Público de Santa Catarina, atuando na defesa dos direitos fundamentais lança a iniciativa renovadora deste órgão, buscando mais efetivação para os direitos sociais, e como forma de se aproximar da realidade da sociedade, conhecendo de perto suas dificuldades e necessidades, o projeto: Ministério Público vai as ruas. Este projeto visa a realização de audiências públicas em todo estado, onde os promotores e procurador-geral dão voz ativa à sociedade para que esta relate sua dificuldade, dê sugestões, encaminhe denúncias sobre o problema de sua comunidade que espera ser solucionado.

As audiências são ministradas com material didático distribuído aos participantes, como folders, cartilhas, levando informações sobre problemas que podem ser solucionados pelo Ministério Público além de informar como a população pode procurar a justiça e ajuda da promotoria. É feito também um trabalho de divulgação visando mobilizar os moradores quanto a importância na participação. Este projeto foi elaborado pelo Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundação através de ações articuladas entre a Procuradoria-Geral de Justiça e os Centros de Apoio Operacional e as Promotorias de Justiça.

A legitimação e concretização do Estado Democrático de Direito assim com a eficácia social dos Direitos Fundamentais em uma sociedade excludente historicamente só se tornará possível através de mecanismos de inclusão do “outro”. Como já visto temos bons mecanismos processuais “nocauteados” pela negligência social e política, principalmente nos países periféricos, o que frustra a concretização dos direitos fundamentais a curto e longo prazo.

Negligência ocasionada pelo desinteresse e falta de informação, o que contribui ainda mais para uma sociedade excludente e exercício inconsciente da cidadania. Negligência do Poder público por formação histórica, cultural e conveniência para os “donos do poder”, o que leva na descrença social e crise na legitimação do Estado Democrático de Direito.

As políticas de inclusão devem buscar uma participação efetiva do cidadão não criando formas de exclusões ainda maiores maquiadas pela inclusão. Exemplo de políticas de inclusão que geram verdadeiras exclusões são os conjuntos habitacionais e as cotas universitárias para negros, gerando verdadeiros apartheids sociais, dividindo e diferenciando ainda mais a sociedade, criando zonas ameaçadas.

A cidadania não pode ser exercida de forma hierarquizada, desigual, não temos cidadãos superiores ou inferiores, mas cidadãos participativos na busca do bem comum, com cargos, funções, empregos e salários diferentes, mas todos desempenhando papéis importantes e contribuindo para o progresso da sociedade, do lixeiro ao presidente, mas todos necessários ao processo decisório. No Estado Democrático de Direito ideal, o sonho de crianças e jovens, de qualquer classe social, alcançar através da educação, cultura e esporte o futuro desejado para si, deixa de ser sonho e passa a ser uma realidade que só depende destas crianças e não do querer ou não querer do poder público e da sociedade.

No Estado Democrático não há lugar para o “olhar de dó”, do coitadinho, ou “olhar fraternal”, mas o “olhar “de respeito ao direito do outro, o “olhar” de respeito a igualdade de oportunidades, o “olhar” da verdadeira democracia.

Não esperamos uma falsa inclusão nos moldes do Estado Social, mas uma inclusão querida e não imposta, uma inclusão participativa.

Para Raphael e Aloísio no seu texto ao tratar da ética da alteridade, reconhecer para incluir dispõe:

A aproximação do outro não se dá pela diferença mas pela semelhança.
(...) o reconhecimento do outro, e mais do que isso, o reconhecimento no outro, só é possível quando este deixa de ser um estranho ou uma completa exterioridade.
(...) Somente por meio da aproximação podemos tentar romper a negação, a rejeição estabelecida pelo não-reconhecimento do outro, excluído e tratado como estranho(...)
Com efeito, ao nos reconhecermos no outro, no excluído, ampliamos as nossas chances de determinar a localização da exclusão. Mediante a aproximação, práxis imprescindível, o outro deixará de ser posto à parte, esquecido, marginalizado, invisível, primeiro passo para a construção da alteridade- a chamada intersubjetividade de Merleau-Ponty, critério essencial para qualquer tentativa de inclusão.³⁴

Para Baracho (2006), a verdadeira cidadania é exercida no âmbito dos direitos e deveres políticos que devem sair do campo teórico das Constituições e serem praticados de forma consciente por todos, o que caracterizaria o pluralismo político, a democracia, e participação na gestão governamental através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes.

A inclusão deve se concentrar no campo da racionalidade procedimental da insitucionalização dos projetos sociais, das previsões constitucionais e da legalidade, para concretude dos direitos fundamentais, buscando métodos para o exercício da cidadania consciente e não inconsciente, gerando ativismos políticos e manipulação de massa. A

³⁴ BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. **A (im)possível inclusão do "outro" na sociedade excludente.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2687, 9 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17787>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

educação e informação levada aos excluídos deve capacitá-los para análises críticas, fora das manipulações da mídia comprada pelos “donos do capital”, só assim teremos democracia participativa e consciente.

Ainda para Newton de Oliveira Lima:

A consciência da capacidade de instrumentação das garantias processuais constitucionais pelo cidadão é a mais segura politicamente, a mais legítima juridicamente e a mais eficaz materialmente forma de concretizar os direitos constitucionais, produzir novos direitos a partir da interpretação constitucional e refazer a sistemática de garantias e direitos subjetivos pela instrumentação de enquadramento processual-democrático e jurídico constitucional, publicizadora da construção de direitos em uma ordem jurídica democrática.³⁵

Em contribuição nas mudanças paradigmáticas, a administração pública também tem mudado sua gestão, de burocrática e “travada” no século passado, tem passado a uma gestão gerencial buscando o foco de empresas particulares para melhor eficiência, além de também aos poucos estar permitindo a participação popular em seus projetos, ainda em passos lentos mas caminhando para uma mudança de gestão e cultural.

³⁵ LIMA, Newton de Oliveira. **A jurisdição constitucional procedimentalista como meio de construção de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37511/1>. Acesso em 10 de dez. 2010.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA DE ADOLESCENTE

4.1 Da concepção e proteção dos direitos da criança e do adolescente

Os direitos da criança e adolescente estão previstos em vários artigos ao longo da Constituição brasileira de 1988 e em Lei específica de nº 8.069 promulgada em 1990, ECA.

Segundo a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, §1º, todas as normas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e de acordo com o artigo 227 da mesma, os direitos fundamentais da criança e adolescente têm absoluta prioridade de efetividade o que afeta diretamente no direcionamento das políticas públicas e na tutela judicial para concretização de tais direitos.

No início do séc. XV, as Ordenações Manuelinas, em Portugal, encomendadas aos juristas destacados pelo rei D. Manuel, substituíram as Ordenações Afonsinas do séc. XV, mas manteve em seu texto previsões sobre direitos dos menores encontradas nas Ordenações Afonsinas que dava tratamento diferenciado ao menor ao prever a redução de penas àquele que tivesse entre 17 e 20 anos, assim como a vedação da pena de morte para menores de 17.

As Ordenações Manuelinas foram substituídas pelas Filipinas em 1603, conservando os direitos dos menores e prevendo mais alguns direitos destes em relação à punibilidade penal, sendo que autorizavam a aplicação de qualquer tipo de pena ao adolescente que agisse com malícia.

A primeira Constituição francesa de 1791 tratava de forma especial direitos das crianças. Nela, encontramos a previsão da criação e organização de um estabelecimento geral de serviços públicos para cuidar das crianças abandonadas. Na França e Inglaterra do séc. XIX, surgiram leis proibindo o trabalho insalubre das crianças, mulheres e idosos e a jornada de trabalho começa a sofrer redução tendo como marco a Revolução Francesa de 1848, quando a jornada de trabalho foi reduzida para 12 horas diárias.

Na verdade, a proteção da criança, ao longo da história, tem vertentes diferentes, as primeiras tutelas eram voltadas para exclusão do menor. Em 1899, foi instituído, em Chicago, o primeiro Tribunal Especial para Menores, e, em 1905, na Inglaterra, criou-se o Tribunal de Birmingham, dando esteio ao *Children Act*, de 1908. Em 1911, Corte semelhante foi criada em Portugal, pela lei de proteção à infância. Em 1919, foi criada a primeira Entidade Internacional de Apoio à Criança que surgiu, após I Guerra Mundial na Inglaterra, com a

finalidade de arrecadar dinheiro para envio de alimentos às famílias européias necessitadas. Tal entidade recebia o nome de “*Save the Children*” (Salvem as crianças). Em 1924, foi aprovada a declaração de Genebra, que tratava da assistência e cuidados especiais com a população infanto-juvenil, tal atenção foi repetida na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Foi o primeiro documento internacional, elaborado por membros da ONG “*Save the Children*”, sendo considerado a base da Convenção dos Direitos da criança de 1989. Em 1945, é criada a Organização das Nações Unidas (ONU), contando cinquenta países fundadores. Em 1946, é criado o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), desenvolvendo trabalhos e serviços para crianças em mais variáveis âmbitos. Em 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em 1959, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da ONU. Em 1978, na Polônia, o governo apresenta uma declaração sugerindo princípios universais que seriam basilares para todos os povos e estabelecimento de normas prevendo deveres e obrigações aos países signatários ou aderentes, chamada de Sementes da Convenção dos Direitos da Criança. Em 1979, a ONU institui aquele ano como internacional da criança.

Apenas a partir de 1959, com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, o foco doutrinário muda de vertente, a criança que, antes recebia tutela embasada na doutrina da exclusão, ou seja, recebia tratamento diferenciado apenas como sujeitos autores de crimes ou vítimas de abandono, passa a ter direitos com fulcro na doutrina de proteção integral abrangendo valores como saúde, dignidade, bom desenvolvimento, sendo vistos como verdadeiros sujeitos de direitos, necessitados de tratamentos específicos para proteção de seu desenvolvimento saudável e diante de sua vulnerabilidade e hipossuficiência biopsicossocial têm seus direitos tutelados com prioridade. Tal doutrina constrói-se gradativamente e é adotada no Brasil apenas mais tarde pela Constituição de 1988 e o ECA de 1990.

Em 1989, no dia 20 de novembro, foi aprovada por unanimidade, na Assembléia Geral da ONU, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e Adolescente, a qual foi ratificada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990, podendo ser considerado o tratado mais ratificado da história, uma vez que só não foi adotada por dois países: Estados Unidos e Somália.

No direito interno brasileiro, a primeira Constituição de 1824, do Império, vedava a aplicação de penas cruéis para menores. Em 1830, foi sancionado o Código Criminal do Império, que trazia em seu texto uma amenização de pena específica para menores (para menores de 14 anos cujo cometimento do crime foi com discernimento, eram aplicadas apenas medidas correcionais, os de 14 a 17 anos eram punidos com penas correspondentes à

cumplicidade e de 17 aos 21 anos a sanção era atenuada). Em 1881, foi promulgado, no Brasil, o Decreto nº 1.313 que proibia o trabalho infantil, determinando a idade mínima de doze anos para o trabalho. O Código Penal de 1890 também trazia regras específicas para aplicação de penas mais atenuadas para menores infratores.

O projeto de lei de autoria de João Chaves, apresentado à Câmara dos Deputados em 1912, defendia a criação de juízos e tribunais especiais para a apreciação das causas envolvendo menores materialmente abandonados; moralmente abandonados; mendigos e vagabundos até a idade de 18 anos, e os que tiverem delinqüido, até a idade de 16 anos. Essa nova regulamentação do atendimento à infância foi sendo detalhada em diversos decretos, até sua consolidação no Código de Menores de 1927.

Em 1921, a Lei 4.242 trouxe uma importante inovação, ao autorizar o governo a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinqüente.

Em 1923, foi criado o primeiro juizado de menores. Em 1927, é promulgado, no Brasil, o Código de Menores, também conhecido como Código Mello de Mattos. Em 1930, é criado o MEC no Governo de Getúlio Vargas e, em 1942, foi instituído também no governo Vargas o Serviço de Assistência ao Menor que consistia em um órgão do Ministério da Justiça que funcionava como um equivalente ao sistema penitenciário para menores de dezoito anos. Em 1950, é instalado, no Brasil, o primeiro escritório da UNICEF com programas de proteção à saúde da criança e das gestantes. Em 1964, foi criada Fundação do Bem-Estar do Menor (Funabem) e as correlatas Febens, por lei no governo militar, cujo objetivo era formular e implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, sendo que, ao longo de sua história, passou por diferentes evoluções, chegando a desempenhar papéis muito diferentes dos propostos, desenvolvendo uma linha autoritária e repressiva, e os menores sofriam agressões e torturas e não tinham em momento algum sua dignidade respeitada. Atrocidades eram cometidas pelo próprio Estado, contrariando sua intenção de bem-estar do menor. Em 1979, foi aprovado novo Código de Menores, que revogou o anterior, mas que, infelizmente, mantinha a mesma ideologia de exclusão, arbitrariedade e repressão, dirigindo-se às crianças e adolescentes em situação irregular, sendo este revogado pelo ECA de 1990, cuja política era muito diferente. Enquanto aquele defendia a doutrina da situação irregular, para crianças e adolescentes que se estavam em um quadro de patologia social, infratores e abandonados, a lei atual adota a doutrina de proteção integral, para a qual todas as crianças são sujeitos de direitos. Em 1983, foi criada a Pastoral da Criança pela Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil, que vem desenvolvendo trabalhos importantes para a proteção de crianças e adolescentes. Em 1985, surge a Fundação Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de

Rua (MNMMR) cujo compromisso é a garantia dos direitos das crianças e adolescentes moradores de rua.

Em 1987, tivemos a reunião da Assembléia Nacional Constituinte, composta por 559 congressistas, que foi instalada em 1º de fevereiro de 1987, cujo presidente foi o deputado Ulysses Guimarães. Um grupo de trabalho se reuniu para concretizar os direitos da criança e do adolescente na Constituição brasileira, cujo resultado foi o artigo 227, base para a elaboração do ECA. A Constituição de 1988 traz grandes inovações no campo dos direitos fundamentais e, principalmente, os reservados para criança e adolescente, introduzindo novos modelos de gestão política e social e dando prioridade para aqueles que envolvem direitos das crianças e adolescente, chamando a sociedade a participar da efetivação destes direitos, além disso, são atribuídas responsabilidades e mais controle pela sociedade através da participação ativa nos conselhos deliberativos e consultivos.

Estes direitos, descritos no art. 227 da Constituição, foram inspirados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989. O art. 227 foi originado por uma emenda popular contendo 1,5 milhão de assinaturas colhidas pelo MNMMR e pela Pastoral do Menor que lideraram um movimento de defesa dos direitos da criança e adolescente.

Em 1990, tivemos outro grande marco na história de proteção dos direitos fundamentais da criança e adolescente, é promulgado o ECA, com uma nova visão de proteção integral, desencadeada pelos ideais da Constituição de 1988, prevendo inclusive (como autoriza a clausula de abertura para direitos fundamentais fora da Constituição, artigo 5º, §2º), direitos fundamentais de forma específica para estes indivíduos em lei infraconstitucional. Ainda em 1990, é criada a Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (Abrinq) com a finalidade de promover a defesa dos direitos e o exercício da cidadania da criança e do adolescente. Em dezembro de 1991, é criado o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) por lei federal. Uma importante atribuição deste órgão é a formulação de políticas públicas e a destinação de recursos ao cumprimento do ECA. Sua constituição se dá de forma paritária entre membros do governo e membros da sociedade civil organizada. Em seqüência, foram criados os Conselhos Estaduais, Municipais, Distritais e Conselhos Tutelares.

Com a redemocratização do país e a elaboração dos direitos internacionais da criança pela ONU, a legislação brasileira que trata do assunto deixa seu caráter paternalista e autoritário da teoria menorista da situação irregular e passa à proteção integral.

Após a Constituição de 1988, importantes conquistas e avanços foram alcançados principalmente com a elaboração do ECA que busca dar eficácia aos direitos afetos à criança e adolescente.

4.2 Dos Conselhos da Criança e Adolescente

4.2.1 CONANDA

O CONANDA foi criado pela Lei federal nº 8.242 (Brasil, 1991) e tem, dentre outras, a competência para elaborar normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e adolescente, fiscalizar ações de execução, zelar pela aplicação da política nacional de atendimento dos direitos da criança e adolescente, dar apoio aos órgãos públicos em todos os níveis e entidades não governamentais, aos Conselhos Estaduais, Municipais e Distritais, avaliar a política estadual, municipal e distrital e atuação dos seus respectivos Conselhos, além de acompanhar a elaboração e a execução da proposta orçamentária da União, indicando modificações necessárias à consecução da política formulada para a promoção dos direitos da criança e adolescente. Devido à sua competência em estabelecer normas gerais sobre política nacional de atendimento aos direitos da criança e adolescente, o CONANDA tem editadas várias resoluções, dentre elas a 113 de 19 de abril de 2006, que dispõe sobre os parâmetros para a institucionalização e fortalecimento do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e Adolescente; a 75 de 22 de outubro de 2001, que dispõe sobre parâmetros para criação e funcionamento dos Conselhos Tutelares; a 105 de 15 de junho de 2005, que se refere aos parâmetros para criação e funcionamento dos Conselhos dos Direitos da Criança e Adolescente.

A resolução 113 do CONANDA visa à articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, aplicando instrumentos normativos e desenvolvendo mecanismos a fim de promover, defender e controlar a efetivação dos direitos fundamentais da criança e adolescente nos níveis federal, estadual, distrital e municipal. Ainda de acordo o §2º do artigo 2º da referida resolução, este sistema fomentará a integração do princípio do interesse superior da criança e do adolescente nos processos de elaboração e

execução de atos dos legislativos, políticas, programas e ações públicas, bem como nas decisões judiciais e administrativas que afetam crianças e adolescentes.

Os órgãos públicos e organizações da sociedade civil, integrantes deste sistema, agem a partir de três eixos: defesa, promoção e controle da efetivação dos direitos humanos.

No eixo da defesa dos direitos humanos, encontramos a garantia de acesso à justiça que visa assegurar a impositividade e exigibilidade destes direitos no caso concreto. Dentro destas garantias, encontramos a previsão para instalações exclusivas, especializadas e regionalizados dos órgãos do Judiciário, MP, Defensorias Públicas e Segurança Pública.

Quanto ao eixo promoção dos direitos humanos, a estratégia está diretamente ligada à operacionalização de políticas de atendimento dos direitos previstos no artigo 86 da Lei federal de nº 8.069/90, que deverá desenvolver-se através da satisfação das necessidades básicas na participação da população através de suas organizações representativas, na formulação e no controle das políticas públicas, na descentralização política e administrativa, sendo que a edição de normas gerais cabe à esfera federal, e a coordenação e execução dessas políticas e dos respectivos programas às esferas estaduais, distritais e municipais além das entidades sociais.

A operacionalização dessas políticas se desenvolve por três programas:

1º) serviços e programas afetos aos fins da política de atendimento dos direitos humanos da criança e adolescente e busca assegurar o acesso de todas as crianças e adolescentes a seus serviços especialmente aqueles que tiveram seus direitos violados ou estejam em conflito com a lei;

2º) serviços e programas de execução de medidas de proteção de direitos humanos, consistindo em medidas específicas de caráter de atendimento inicial, integrado e emergencial, desenvolvendo ações para prevenir a ocorrência de ameaças e violações dos direitos em epígrafe e atender as vítimas imediatamente após a ocorrência dessas ameaças e violações. Esses programas ficam à disposição do Judiciário e Conselhos Tutelares, para efetivar medidas específicas de proteção e são regulamentados pelo CONANDA e pelos Conselhos Estaduais, Distritais e Municipais;

3º) programas de execução de medidas sócio-educativas e assemelhadas, destinadas ao atendimento de adolescentes autores de ato infracional que estejam em cumprimento de medida judicial que também é regido pelos Conselhos dos quatro entes federativos, estruturando-se e organizando-se sob forma de um Sistema Nacional de Atendimento Sócio-Educativo (SINASE), seguindo dentre outros princípios norteadores que visam à prevalência do conteúdo educativo sobre os sancionatórios e participação proativa da família e da

comunidade no processo sócio-educativo. O ECA prevê dois tipos de programas sócio-educativos, em meio aberto, consistindo em prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, ou com privação de liberdade, semiliberdade e internação. Ainda prevê o ECA, de forma auxiliar, programas acautelatórios, de internação provisória e de apoio e assistência aos egressos.

O controle e efetivação dos direitos humanos ocorre mediante ações públicas voltadas para a promoção e defesa desses direitos, é assegurada por instâncias públicas colegiadas próprias, em que é exigida a participação paritária de órgãos governamentais e de entidades sociais através de Conselhos. Nos quatro entes federativos, haverá um conselho dos direitos da criança e adolescente, compostos por números iguais de representantes do governo e da sociedade civil e organizada cuja composição e nomeação são estabelecidas de acordo com as resoluções 105 e 106 do CONANDA. Os Conselhos deverão acompanhar, avaliar e monitorar as ações públicas de promoção e defesa dos direitos, através de normas, recomendações, orientações. As deliberações dos Conselhos seguirão os princípios constitucionais da participação popular e da prioridade absoluta do atendimento à criança e ao adolescente e a prevalência do interesse superior da mesma.

Para efetividade dessas deliberações, os Conselhos, uma vez não atendidos, poderão representar ao MP para que este demande em juízo, via ação civil pública, ou aos demais órgãos e entidades legitimadas pelo artigo 210 da Lei 8.069/90.

O CONANDA deve assegurar a consciência nos quatro níveis federativos em relação à efetivação das normas de proteção em regime de prioridade absoluta por meio de legislações, políticas e demais medidas apropriadas.

4.2.2 Conselhos Estaduais dos Direitos da Criança e Adolescente (CEDCA)

Os CEDCA tiveram sua criação amparada no art. 88, inciso II da Lei 8.069/90 em obediência à Constituição da República que introduziu a gestão pública das políticas de proteção e promoção, por meios de co-participação de entidades civis, representantes da sociedade, e do poder político.

Assim como os outros Conselhos, são órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, atuando como instâncias deliberativas na formulação de políticas públicas, cujas decisões possuem força normativa, vinculando a vontade do administrador público.

Em Minas Gerais, o Conselho Estadual foi criado pela Lei estadual 10.501 de 17 de outubro de 1991. Este é composto por 20 membros de forma paritária, sendo dez representantes da sociedade civil e dez do Poder Público, sendo que junto do CEDCA atua representante do MP com atribuições previstas nos artigos 200 e 201 do ECA.

Dentre as funções do CEDCA, estão as de orientar os Conselhos Municipais e Tutelares dos Direitos da Criança e do Adolescente, formular as políticas públicas na respectiva área, como metas a serem implementadas pelos órgãos do Estado, fixando prioridades para consecução de ações, elaborar propostas para lei de diretrizes orçamentárias, elaborar o planejamento global do Estado em tudo que se refira ou possa afetar as condições de vida da criança e adolescente, elaborar a política estadual de atendimento ao adolescente que incorpore as dimensões da prevenção e da promoção, como componentes de garantia de direitos e de cidadania.

Os Conselhos Estaduais estão presentes nas 27 unidades federativas.

4.2.3 Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e Adolescente (CMDCA)

Instituído pelo ECA, os CMDCA são órgãos deliberativos controladores e fiscalizadores quanto ao cumprimento da legislação que assegura os direitos humanos destes sujeitos em âmbito municipal. Estão vinculados administrativamente ao governo do município, mas têm autonomia para pautar seus trabalhos e para acionar Conselhos Tutelares, Delegacias de Proteção Especial, as instâncias do Judiciário, MP, Defensorias Públicas e os juizados especiais da infância e juventude, que compõem a rede de proteção dos direitos da criança e adolescente.

A maioria dos municípios conta com os Conselhos Municipais que, entre outras competências, cabem a estes formular, em nível municipal, diretrizes para a política de promoção, proteção e defesa dos direitos da criança e adolescente, fiscalizarem o cumprimento das políticas públicas para a infância e a adolescência, acompanhar a elaboração e a execução dos orçamentos públicos na esfera municipal, definir prioridades da infância e adolescência. Cabe ainda aos Conselhos Municipais fiscalizar os Conselhos Tutelares.

4.2.4 Conselhos Tutelares

São conselhos de atuação extremamente importantes por atuarem diretamente nos casos concretos, porque têm o primeiro contato com a criança em risco buscando garantir-lhes os direitos de proteção, atuam na linha frente recebendo denúncias e devido a esta peculiaridade são responsáveis por aplicações de medidas previstas no ECA. São mantidos pelo município que faz a opção através de lei municipal pela remuneração ou não dos conselheiros os quais são eleitos pela população votante do município.

O Conselho Tutelar é um órgão público, permanente, autônomo no exercício de suas funções determinadas pela Lei 8.069/90 que obriga cada município instalar um Conselho com no mínimo cinco conselheiros escolhidos em votação pela sociedade local, com mandato de três anos (outra determinação legal que constantemente é descumprida pelo poder municipal sendo caso de várias ações civis públicas).

Os membros do Conselho Tutelar devem ter reconhecida idoneidade moral, idade superior a 21 anos e residência no município, podendo ou não ser remunerado de acordo com lei municipal.

Para Helly Lopes Meirelles (2000) e Maria Silvia Zanella Di Pietro (2002), os conselheiros tutelares são agentes honoríficos do gênero agentes públicos.

4.3 Os direitos fundamentais da criança e adolescente na Lei 8.069 (Brasil, 1990)

Os direitos da criança e adolescente são classificados como difusos por transcenderem a esfera individual sendo de interesse de toda sociedade.

A Constituição da República de 1988 responsabiliza a família, a sociedade e o Estado em assegurar os direitos da criança e adolescente, com prioridade máxima.

O artigo 227 da Constituição atual assegura o direito à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária, além de salvaguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ainda, no mesmo artigo, encontramos expressas

outras formas de proteções específicas para o adolescente trabalhador, criança e adolescente portadores de deficiências, para aqueles que cometeram infração penal, e também a obrigação da implantação de programas de assistência integral pelo Estado.

A regulamentação deste artigo veio com a Lei 8.069 (Brasil,1990), ECA, que traz mecanismos de viabilização destes direitos, sendo um deles a ação civil pública como meio apropriado para garantir a eficácia social dos direitos fundamentais pertinentes, quando não tutelados pelo poder público.

O ECA teve suas bases não só na Constituição de 1988, mas também na Convenção sobre o Direito da Criança, aprovada em Assembléia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, e pelo Congresso Nacional brasileiro, em 14 de setembro de 1990, pelo Decreto Legislativo nº 28.

A Convenção sobre Direitos da Criança e Adolescente e o ECA têm como base a proteção integral, considerando a criança e adolescente como sujeitos de direitos, sendo, portanto, beneficiários de obrigações por parte não só da família, mas também do Estado e toda sociedade.

Segundo o Plano Nacional de Promoção Proteção e Defesa do Direito da Criança e Adolescente à Convivência Familiar e Comunitária, a palavra “sujeito” traduz a concepção da criança e do adolescente como indivíduos autônomos e íntegros, dotados de personalidade e vontade próprias, que na sua relação com o adulto, não podem ser tratados como seres passivos subalternos ou meros “objetos”, devendo participar das decisões que lhe dizem respeito, sendo ouvidos e considerados em conformidade com suas capacidades e grau de desenvolvimento.

O artigo 3º do ECA prevê garantias especiais que conferem a estes seres, além dos direitos fundamentais à pessoa humana, de gozarem de direitos fundamentais específicos que visam não só à proteção integral, mas oportunidades e facilidades, facultando-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.

Crianças e adolescentes são pessoas biologicamente em fase física e psíquica de desenvolvimento, não sendo ainda sujeitos com plena capacidade, ou seja, não são capazes de exercitarem de forma plena a defesa de seus direitos, assim nossa legislação atribui tal responsabilidade de cuidado e defesa à família, Estado e sociedade.

Através do ECA, substituiu-se a proteção paternalista e punitiva, pela proteção integral, abstraindo do mundo jurídico a denominação pejorativa “menor”. Para pessoas que

possuem até 12 anos de idade é utilizado o termo criança, e acima de 12 e abaixo de 18 é chamado de adolescente.

O artigo 4º do ECA repete a prioridade de proteção do artigo 227 da Constituição da República, ao afirmar em seu parágrafo único, que a garantia de prioridade compreende primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

No título II, capítulo I, temos, do artigo 7º ao 14, a previsão dos direitos fundamentais à vida e saúde; no capítulo II, art. 15 ao 18, temos tutelado o direito de liberdade, respeito e dignidade; no capítulo III, art. 19 a 52, direito à convivência familiar e comunitária; no capítulo IV, art. 53 ao 59, direito à educação, cultura, esporte e lazer; e, no capítulo V, art. 60 a 69, a previsão do direito a profissionalização e proteção ao trabalho.

4.3.1 Direito à vida e à saúde

Direito que só se efetivará mediante políticas públicas voltadas para a garantia de assistência na gestação e no nascimento, para desenvolvimento sadio e harmonioso, possibilitando assim condições dignas de existência.

Diante disso, torna-se necessária a conscientização dos agentes políticos tanto em relação aos aspectos sociais quanto legais a qual se desembocará na reformulação das prioridades nacionais, começando pela questão orçamentária. Importante também a mobilização da sociedade, a qual atuará não só como co-responsável, mas como fiscal, além, é claro, de exigir as medidas que devem ser tomadas pelo Poder Público.

Porém, a vida não pode ser assegurada, se outros direitos também não forem como o direito à saúde. E talvez pela sua importância e por estarem diretamente ligados, quis o ECA dispor sobre os dois conjuntamente.

Assim, mister se faz comentar que com a municipalização das políticas públicas, aos municípios cabem a responsabilidade direta de proporcionar à população em enfoque, infanto-juvenil, a primazia no atendimento à saúde e preferência na formulação das políticas públicas, por serem estes os gestores do SUS. Posto que, em caso de descumprimento da lei, se tornam necessárias a propositura de mandados de segurança ou ações civis públicas, propostas pelo MP ou particulares, não podendo os municípios “escapar” de oferecer o devido atendimento sob alegações de falta de verbas ou leitos hospitalares.

Vale comentar que o direito à vida e saúde deve principalmente ser garantido de forma preventiva, assim contribui o artigo 196 da Constituição da República, ao dispor de forma geral, sobre o direito à saúde e necessidade de implantação de políticas públicas sociais e econômicas que reduzam o risco de doenças e de outros agravos. Deve ser garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Já de forma específica, a Lei 8.069(Brasil,1990), ao garantir o direito à vida e saúde à criança e adolescente, vai além do ser com personalidade, em seu artigo 8º menciona a garantia de vida ao nascituro, ao ser concebido e gerado no útero materno, impondo ao Estado o dever de oferecer serviços e programas de assistência pré-natal e pós-natal. Garante também o aleitamento materno no artigo 9º. No artigo 14, traz a obrigação de políticas públicas de prevenção. No artigo 10º e 11º, temos as responsabilidades dos hospitais ou instituições de saúde, assim como a responsabilidade do poder público no fornecimento de medicamentos.

Segundo o artigo 10º do ECA:

Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a:

I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos;

II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente;

III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de anormalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais;

IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento do neonato;

V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe.

O descaso em relação a este artigo é tão grande que não nos surpreende o grande índice de trocas de recém-nascidos em maternidades.

No artigo 11 do ECA, encontramos:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 11.185, de 2005)

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

O SUS funciona de forma precária, pela falta de investimento e preocupação dos governantes. São poucos médicos com rendimentos baixos, o que leva ao descaso no atendimento e formação de longas filas de espera. Quanto aos medicamentos e próteses, considerável parte destes direitos são efetivados mediante Judiciário.

“Os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente”, é o que diz o artigo 12 do ECA. Já, no artigo 15 deste, temos a previsão de programas preventivos de assistência médica e odontológica, a obrigatoriedade de fornecimento de vacinas.

Diante do exposto, ainda se faz lógico, mas importante comentar, que não basta ter vida e saúde, mas também tê-los em condições dignas que garantam o pleno desenvolvimento e conseqüentemente a formação de verdadeiros cidadãos que futuramente se comprometerão cada vez mais em cuidar de “nossas” crianças e adolescentes.

Já que a legislação atribui de forma conjunta a responsabilidade à família, Estado e sociedade, indispensável é a concretização de políticas sociais públicas que se desenvolvam em ações conjuntas entre governo - órgãos não governamentais - setor privado - sociedade.

4.3.2. Direito à liberdade, respeito e a dignidade

O artigo 15 da Lei 8.069(Brasil,1990) assegura a dignidade de crianças e adolescentes, estabelecendo que os mesmos são sujeitos de direitos civis, humanos e sociais previstos na Constituição, e os coloca em categoria especial de pessoas, as que estão em desenvolvimento e por isto precisam de tratamentos diferenciados e privilegiados.

O artigo 16 da mesma Lei descreve a liberdade de ir e vir, opinião, expressão, crença e culto, participação na família e comunidade sem discriminação, direitos políticos na forma da lei (hoje o adolescente de 16 a 18 anos pode votar), buscar refúgio, auxílio e orientação e que toda criança e adolescente precisa, brincar, praticar esportes e divertir-se.

A integridade física, psíquica e moral, como a preservação da imagem, da identidade, dos valores, idéias, crenças, espaços e objetos pessoais é consagrado pelo artigo 17 do referido Estatuto. E, o artigo 18 deste garante que o dever de proteção contra tratamento desumano, aterrorizante, vexatório e constrangedor assim como o desrespeito à sua dignidade não é apenas do Estado, mas de toda sociedade.

4.3.3. Direito a convivência familiar e comunitária

O ECA deu grande importância para a convivência familiar natural, buscando sempre que possível a sua manutenção, sendo prejudicada apenas em casos extremos em que a convivência de modo seguro e digno não possa mais ser resgatada.

Ao mesmo tempo, os filhos nascidos fora do casamento ou adotados ganham tratamento igual, previsão constitucional e repetida pelo Estatuto, proibindo qualquer discriminação. Assim como garante o direito de reconhecimento da paternidade, o qual é imprescritível e indisponível, deixando de ser ação de tutela personalíssima e legitimando o filho, herdeiros do filho se este morrer menor ou incapaz, o Ministério Público e qualquer interessado.

No artigo 21, é disposta a responsabilidade dos pais pelo sustento, guarda e educação. Nos casos de abuso do poder familiar, os pais poderão sofrer destituição ou suspensão, mediante ação judicial, podendo ser iniciada pelo Ministério Público ou interessado.

Quando não mais possível a convivência com a família natural, a criança e adolescente têm direito de ser colocada em família substituta, que pode ser através da guarda, tutela ou adoção³⁶, cuja família terá o poder-dever de cuidar e proteger.

4.3.4 Direito à educação, cultura e lazer

Efetiva-se pela garantia do atendimento em creches e pré-escolas de zero a seis, após esta idade, acesso ao ensino fundamental e médio, que é obrigatório, gratuito e igualitário.

³⁶ A guarda consiste na assistência material, moral e educacional, é aplicada como medida preparatória da tutela ou adoção. A guarda confere poder-direito de representação ou assistência para prática de determinados atos, podendo ser deferida a qualquer pessoa maior e capaz em condições de assumi-la, exceto estrangeiros não domiciliados ou residentes no país. A criança se torna dependente daquele que detém a guarda inclusive para fins previdenciários. A tutela atribui o poder de representação legal do incapaz ao tutor, devido o falecimento ou ausência dos pais ou perda de poder familiar. A adoção, forma final de colocação da criança e adolescente em família substituta, sendo atribuição feita apenas mediante sentença que confere a condição de filho a alguém rompendo com todos os vínculos com a família natural.

Temos também a garantia de atendimento educacional especializado para portadores de deficiência especialmente na rede regular de ensino. A intenção do legislador foi, aqui, permitir a convivência de todas as crianças e a superação das diferenças com dignidade e respeito. No entanto, o Poder Público tem se utilizado deste direito de forma prejudicial à criança e ao adolescente, pois tem se omitido em oferecer ensino com tratamentos especiais, uma vez que o disponibiliza nas escolas normais, mas sequer capacitam professores para atender tal demanda, e estas crianças e adolescentes acabam ficando abandonadas e tendo aproveitamento inferior ao que seriam capazes.

Também é garantida a matrícula em escolas perto de suas residências, outro preceito que não é cumprido, principalmente nas grandes cidades, alvo de ações civis públicas.

Segundo dados do IBGE:

Entre os 10,4 milhões de adolescentes brasileiros, 82,1%, ou mais de 8,5 milhões deles são estudantes, com o Sudeste em destaque e taxa de 84,3%. O menor índice nacional e também nas regiões em comparação com a faixa de 6 a 14 anos é que o Ensino Médio ainda não é obrigatório no Brasil, o que faz muitos dos estudantes abandonarem os estudos quando chegam aos 15 anos.³⁷

4.3.5 Direito à profissionalização e proteção no trabalho

Temos este direito previsto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição e no art. 69 do ECA, revogado em parte por emenda constitucional que proíbe trabalho para menores de 14 anos. Ao menor de 16 anos, o trabalho pode ser desenvolvido como aprendiz desde que tenha horário garantido para continuar seus estudos. A norma também prevê formas de proteção no trabalho para garantir a saúde e integridade física do menor.

4.4 Da política de atendimento dos direitos da criança e adolescente

A política, segundo a Lei 8.069/1990, desenvolver-se-á, através de ações articuladas, sejam governamentais ou não governamentais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo como linhas de ação no atendimento, políticas sociais básicas: a) políticas e

³⁷ Dados sobre a Educação Brasileira. Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2007. / Organização: Marcelo Iha. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br>>. Acesso em: 20 de jul. de 2010.

programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que dele necessitem; serviços especiais de prevenção às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; b) serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; c) proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

Tem como diretrizes: a) a municipalização do atendimento, criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federais, estaduais e municipais; b) criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; c) manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e adolescente; d) integração operacional de órgãos do Judiciário, MP, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; e) mobilização da opinião pública no sentido da indispensável participação dos diversos seguimentos da sociedade.

A realidade brasileira, apesar de ganhar melhoras, está longe da concretização do plano normativo.

Segundo a Lei nº8.090(Brasil,1990), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, esta última tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o SUS.

O SUS foi criado há duas décadas, na Constituição de 1988, com a finalidade de oferecer atendimento igualitário e promover a saúde da população, constituindo um projeto social que busca se materializar mediante ações de prevenção, promoção e assistência à saúde da população.

Ele se organiza, segundo disposto na própria Constituição, artigo 198, de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, dando ênfase na descentralização dos serviços para os municípios, pois a ele foi conferida a competência para executar serviços de vigilância epidemiológica, sanitária, de alimentação e nutrição, de saneamento básico e de saúde.

Ainda segundo a Lei nº8.090 (Brasil,1990), é responsabilidade dos governos municipais e do Distrito Federal, dentre outras, gerenciar e executar serviços públicos de saúde, celebrando contratos com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, controlando e avaliando sua execução, gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros, participar do financiamento e garantir o fornecimento de medicamentos básicos. Já quanto aos governos estadual e federal, dentre outras, cabe a responsabilidade de cooperar técnico e financeiramente com o município no que tange aos serviços de atendimento à saúde da população.

O SUS é financiado pelo orçamento da Seguridade Social de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades são previstos em propostas elaboradas pela sua direção nacional, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, além de outras fontes como recursos dos orçamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de doações, ajudas, alienações patrimoniais.

Segundo o artigo 198, §2º, II, da Constituição da República, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados, sendo que, no caso da União, será de acordo com lei complementar que será reavaliada a pelo menos a cada cinco anos. No caso dos Estados e Distrito Federal, o produto da arrecadação com os impostos de sua competência, além dos recursos obtidos pelo imposto de renda retido na fonte quando estes entes são as fontes pagadoras, 20 % do imposto de competência residual da União caso sejam criados, dos 48% da arrecadação com imposto de renda e IPI pela União, 21,5% serão destinados aos Estados e Distrito Federal, 10% do IPI nas exportações de forma proporcionalmente distribuídos. Já quanto aos municípios, segundo inciso III, §2º, art.198, e também o Distrito Federal, o produto de arrecadação dos impostos da suas competências, o imposto de renda retido na fonte por estes, 50% do ITR ou 100% segundo convênio autorizando (artigo 153,§4, III, da Constituição de 1988), 50% do IPVA e 25% do ICMS arrecadados pelo seu Estado de acordo com a origem da arrecadação 25% do IPI repassado aos Estados de acordo com a participação nas exportações.

Ainda reza o artigo 34 da Constituição, em seu inciso VII, que será causa de intervenção da União nos Estados e Distrito Federal, quando não observado a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Assim, como o artigo 35, III, reza que os Estados poderão intervir em seus Municípios,

quando não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A dúvida seria em relação ao *quantum* de recursos mínimos, uma vez que não temos uma lei que prevê este mínimo necessário. O financiamento da saúde acaba ficando a critério da vontade política e da disponibilidade ou não de recursos.

A Constituição em seu artigo 165 confere às leis orçamentárias anuais o poder de definir o montante que será destinado à saúde a cada ano, posto que apesar da Lei 8.080 estabelecer um percentual mínimo a ser gasto com a saúde, não pode esta, de forma específica, prever o *quantum* ou ser objetiva, apenas faz uma previsão de forma subjetiva, constando, em seu artigo 31, que o orçamento da seguridade social destinará ao SUS, recursos necessários à realização de suas finalidades.

A Lei nº 8.142 (Brasil, 28 de dezembro de 1990) dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

Segundo o artigo 14 do ECA, o SUS promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Apesar do avanço nacional na prevenção e controle de cáries em crianças, a situação dos adolescentes e adultos com problemas gengivais e dificuldades para conseguir atendimento está longe de atingir uma efetividade satisfatória.

No artigo 9º do respectivo Estatuto, encontramos a garantia de condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas à medida privativa de liberdade.

Segundo dados do IBGE, a mortalidade infantil no Brasil reduziu bastante, a taxa de óbitos entre menores a cada mil nascidos vivos caiu de 47% para 23, 30% de 1990 a 2008. O IBGE também apurou que aproximadamente 66% dos óbitos de menores de um ano ocorre no primeiro mês de vida, sendo que 51% ainda nos primeiros seis dias de vida, sendo ainda as principais causas de óbito, na primeira semana de vida, relacionadas à prematuridade, asfixia durante o parto e infecções, evidenciando assim a falha da efetividade da tutela ligada à gestação ao parto e pós-parto.

Interessante ainda trazer dados apurados pela UNICEF no que concerne à raça, pois segundo a entidade, a mortalidade infantil entre filhas de mães negras é cerca de 40% maior do que as brancas, talvez daqui tiraríamos a assertiva de que a disparidade continua, pois

crianças pobres têm mais chance de não ter seus direitos garantidos (à vida, por exemplo) a uma rica, tendo assim “dois pesos e duas medidas”, não havendo isonomia de tratamento.

O direito à isonomia previsto na Constituição da República, não se trata de tratar todos iguais, mas de buscar dar condições aos desiguais para que tenham estes as mesmas oportunidades dos iguais. Diante disto, interessante seria pensar em como igualar atendimentos à saúde de uma criança pobre com uma rica? É claro que esta tem condições de arcar com atendimentos particulares o que não tira a responsabilidade estatal, mas, por outro lado, aquela depende necessariamente de recursos do Estado e do atendimento oferecido por este, e fica em situação de desigualdade e tem sua saúde colocada em xeque por vários momentos.

É hora de o Estado abrir horizontes buscando interar com a sociedade e o setor privado a fim de efetivar estes direitos, não apenas na destinação de recursos para melhorar atendimentos públicos, mas também na forma de incentivo do setor privado a fim de buscar parcerias com empresas, médicos, clínicas e hospitais da rede privada e empresas de planos de saúde.

4.5 Medidas de proteção

As medidas de proteção estão previstas no título III, artigos 98 ao 102, do ECA, sendo aplicadas tais medidas sempre que os direitos da criança e adolescente forem violados ou ameaçados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, em razão de sua conduta. O artigo 100 dispõe novamente a prioridade de tratamento dos direitos da criança e adolescente ao dizer que a medidas aplicadas devem ser geridas pelos princípios da proteção integral e prioritária dos direitos da criança e adolescente.

O artigo 100 ainda deixa claro que a responsabilidade da garantia dos direitos da criança e adolescente, é primária e solidária do Poder Público das três esferas do governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais.

4.6 Da ação civil pública

No Brasil, a Justiça da Infância e Juventude ganha importante defesa no ECA, ao estabelecer a criação de varas próprias para tutela de direitos fundamentais, todas as vezes que estes forem violados ou ameaçados por Estado, sociedade, pais ou responsável destes atores.

Diante de seu papel cada vez mais atuante e interventor para garantir a eficácia social das normas programáticas, conforme corrobora Veronese (1995, p. 205) “o juiz deve estar consciente dos resultados sócio-econômicos e políticos que sua sentença poderá produzir”.

Inegável se torna a importância do Judiciário diante da efetividade das normas fundamentais que com o advento da Constituição de 1988, atribuiu a este o papel político na resolução de questões conflituosas entre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, art.5º, §1º, da Constituição da República, e omissão do Executivo e Legislativo na efetividade destes direitos, seja através de concretização das políticas públicas ou pela falta de normas regulamentadoras.

Diante da dificuldade da defesa destes direitos pelos interessados mediante provocação do judiciário inerte, principalmente, no que tange aos direitos fundamentais difusos das crianças e adolescentes, a Constituição de 1988 estendeu a legitimidade do direito de ação para garantia destes direitos não só ao MP, mas a outros co-legitimados, tornando a tutela ainda mais relevante na esfera judicial.

Corrobora Veronese (1995, p. 217):

Diz-se mais relevante, porque a abordagem doutrinária é imprescindível na construção teórica do assunto, mas é pelo processo que se garante, na prática, um interesse social, o que torna instrumento privilegiado de formação de outra fonte a se referendada nos casos futuros e jurisprudenciais.

O ECA, além de viabilizar a eficácia do artigo 227 da Constituição de 1988, torna possível a busca da tutela destes direitos através da ação civil pública, considerando-os como direitos difusos, confirmando sua tamanha importância para sociedade.

O título VI deste Estatuto trata do acesso à justiça. No capítulo VII, art. 208 ao 224, temos especificamente a proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos.

O rol do artigo 208, de acordo com o parágrafo primeiro, é exemplificativo, possibilitando a tutela doutros direitos difusos que ali não estejam previstos, conforme afirma Veronese (1995, p. 96): “e não poderia deixar de usar a técnica tendo em vista que o homem

é, por sua natureza, um ser mutante, numa sociedade também em constante transformação; as necessidades, por conseguinte, sofrem modificações, podendo ou não serem ampliadas.”

E ainda Veronse (1995, pp. 46-47) afirma:

Convém observar que praticamente toda gama de atividades citadas no artigo 208 do Estatuto da Criança e Adolescente são de competência municipal, com cooperação técnica e financeira dos Estados e União, para casos específicos, conforme o que prescreveu o art. 30 e incisos V, VI, VII, da CF/88.

Segundo este entendimento, a questão da legitimação passiva para as demandas judiciais de responsabilidade por ofensas aos direitos assegurados à criança e adolescente, quer diga respeito ao não-oferecimento ou oferta irregular das atividades elencadas no art. 208, aponta em direção ao Município.

Esta matéria leva a uma série de discussões relativas à capacidade técnico financeira de grande parte dos Municípios brasileiros, que sofrem, além dos problemas de ordem econômico-financeira, com a incapacidade administrativa dos chefes do Executivo, que, enquanto candidatos, assumem uma política assistencialista com fins eleitoreiros e, uma vez no poder, nada ou pouco fazem, efetivamente, em favor do município que administram.

A ação civil pública, consagrada na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, contempla mais um mecanismo de defesa de direitos difusos e coletivos, autorizando vários legitimados à sua propositura. No ECA, a ação civil pública está prevista no artigo 210, que confere legitimidade ativa ao MP, à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei, dispensada de autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária. O artigo 210, diferente da Lei 7.347/85, não outorga legitimidade para as pessoas pertencentes à administração pública indireta. Assim a legitimidade é atribuída ao Poder Público das quatro esferas federativas, ao MP e à sociedade através das associações.

4.6.1 A atuação do Ministério Público através da ação civil pública

Assim como os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, a Lei 8.069/90 também prevê direitos fundamentais específicos (já vimos em capítulos anteriores à autorização constitucional para previsão de direitos fundamentais fora da Constituição), que consistem, na sua maioria, em efetivação através de programas de governo, lembrando que são normas fundamentais dotadas de eficácia jurídica, o que autoriza os sujeitos destes direitos, através do direito de ação, pedir tutela para efetivação ao Judiciário. O ECA também

inovou dando legitimidade ao MP, através de ação civil pública, para tutelar tais direitos, os quais são classificados como difusos, coletivos e individuais homogêneos por transcender as crianças e adolescentes na esfera individual, atingindo toda sociedade, uma vez que proteger a infância e juventude é proteger a futura sociedade e sua organização.

Os direitos da criança e adolescente, em sua maioria, dependem de legislação e políticas públicas para sua efetivação, que têm status constitucional de prioridade em sua aplicabilidade diante de qualquer outro direito fundamental.

Neste contexto, entra o MP e as ações civis públicas pleiteando ao Judiciário a garantia destes direitos quando não oferecidos de forma espontânea pelo Poder Público. Para eficácia social e plena destes direitos, pelo caráter de norma programática, há a necessidade de interferência do Legislativo, ao definir os programas e orçamentos e a execução pelo Executivo, no entanto, seja pela existência do serviço, mas não oferecido ao menor, ou seja, pela omissão dos Legislativo e Executivo no desempenho de suas funções, é dever do MP como legitimado da ação civil pública, defender estes direitos, provocando o Judiciário para que este, no exercício de sua função típica e legítima, garanta a eficácia social da norma seja aplicando a já existente ao caso concreto, ou seja, decidindo através da integração da norma nos casos de omissão legislativa. O Judiciário tem todo respaldo constitucional e dever em suas decisões, uma vez que não age de ofício, apenas mediante provocação e decide conforme a Constituição, Leis, princípios, jurisprudência, analogia e costumes como prevê a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC).

Ressaltamos mais uma vez que a cultura do Estado, quanto às prestações e obrigações, tem seu papel transformado, passando de parasita a provedor da sociedade, através de muitas lutas e pressões sociais, e assim não está sendo diferente para garantir a eficácia social dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

O MP, segundo a Lei 8.069/90, “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, podendo atuar sozinho ou em litisconsórcio entre eles (MP da União e dos Estados) sendo legitimado para propositura de ações civis públicas para obrigar o Poder Público e principalmente os municípios³⁸, que estejam omitindo-se no cumprimento dos direitos da criança e adolescente (como por exemplo, a implantação e condições de trabalho para os Conselhos, principalmente, Conselho

³⁸ O artigo 88 do ECA direciona a política de atendimento para os municípios, sendo a responsabilidade direta atribuída aos municípios, mas não exime o Estado e União uma vez que a Constituição atribui competência solidária para os entes federativos.

Tutelar, motivo de várias ações civis públicas), assegurar o acesso das crianças e adolescente à educação, defender a criança e adolescente contra todo tipo de violência e negligência, garantir atendimento à saúde, inclusive medicamentos.

Veja parte da ementa em decisão do STJ em recurso especial proveniente de ação civil pública para tratamento de saúde de menor:

(...) O MINISTÉRIO PÚBLICO tem legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a **AÇÃO** vise à tutela de pessoa individualmente considerada (artigo 127, da Constituição Federal/88). 3. O Estatuto da **CRIANÇA** e do **ADOLESCENTE** - ECA -, consubstanciado na Lei n. 8.069/90, em seu artigo 201, inciso V, configura a legalidade da legitimação extraordinária do MINISTÉRIO PÚBLICO na proposição de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos em relação à infância e à adolescência. 4. Na hipótese dos autos, em que a **AÇÃO** visa a garantir o fornecimento de **MEDICAMENTO** necessário e de forma contínua a **CRIANÇA** portadora de Diabete Mellitus Tipo I, há de ser reconhecida a legitimação do MINISTÉRIO PÚBLICO a fim de garantir a tutela dos direitos individuais indisponíveis à saúde e à vida. 5. A **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** é o meio adequado para resguardar interesse individual de **MENOR** que necessita de tratamento médico. (...)³⁹

Podemos dizer que o MP é um dos órgãos mais envolvidos na observância e cumprimento dos direitos fundamentais da criança e adolescente, através do poderoso instrumento, ação civil pública, e que vem sendo utilizada pelo mesmo com grande frequência para eficácia social de tais direitos.

4.6.2 Legitimidade das pessoas jurídicas de direito público interno e das associações para propositura da ação civil pública

Os entes federativos são representados em juízo por seus procuradores. O ECA deixou bem claro ao excluir dos legitimados as autarquias, fundações e empresas estatais; a pública e a sociedade de economia mista.

Quanto às associações, como representante da sociedade, foi conferido um importante papel, ao ser também conferido tal direito para tutela dos interesses difusos das crianças e adolescentes. Posto que o Estatuto exige que a instituição esteja constituída há pelo menos um ano do ajuizamento da ação, inclua entre seus fins institucionais, o objetivo de

³⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo REsp 901109 / RS; RECURSO ESPECIAL 2006/0247141-5 - Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS - Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 13/03/2007 - Data da Publicação/Fonte - **DJ** 26.03.2007. 227 p.

defesa dos interesses e direitos das crianças e adolescentes, realize prévia autorização em assembléia para o ingresso em juízo, caso não exista autorização genérica nos estatutos e constitua uma instituição regular, por meio de registro público competente, nos termos da lei.

Para Veronese (1995, p. 128):

A outorga de legitimação para essas entidades populares é consequência do disposto no 227, § 7º, da Constituição Federal, que se reporta ao art.204, cujo inciso II assegura a participação popular, através de organizações representativas, no processo de formulação de políticas sociais e no controle das ações em todas as esferas. Quanto à legitimação para tão somente requerer administrativamente, esta decorre do disposto no art. 5º, inciso XXI, o qual estabelece que as entidades associativas, uma vez autorizadas expressamente, possuem legitimidade na representação judicial ou extrajudicial de seus filiados.

Veronese (1997) aborda a questão da exigência de personalidade jurídica para as associações, dizendo que é desnecessário uma vez que os direitos difusos devem estar acima, ficando a personalidade jurídica em segundo plano, dizendo que em parte o problema foi resolvido com o advento da Lei 8.078/90 que autoriza a dispensa do requisito da pré-constituição pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do momento em que o homem começa a viver em grupos, em sociedade, os seus direitos inatos, ou do homem são ameaçados pelo próprio homem, e ao longo da história, após várias revoluções e evolução social, surge a necessidade de garantia destes direitos através de documentos escritos, surgindo assim as primeiras Constituições que traziam em seu texto os direitos do homem cuja positivação traz nova terminologia para estes, a de direitos fundamentais.

Diante de novos contextos sociais, com novas necessidades, torna-se necessária a defesa de direitos fundamentais de forma específica para crianças e adolescentes, devido ao próprio princípio da igualdade, em que estas pessoas, por serem indefesas e em fase de desenvolvimento físico e mental, precisam de proteção especial. Primeiro, esta proteção vem apenas em caráter punitivo e eram previstas penas menos pesadas para menores, depois a proteção passa a ser integral, não cuidando apenas do menor infrator, mas garantido direitos específicos para todas as crianças e adolescentes, cuja eficácia social de grande maioria destes direitos depende de políticas públicas e programas de governo.

No entanto, em um primeiro momento, quando surge a política paternalista do Estado, momento em que deixa de ser liberal, omissivo, e passa a Estado social, provedor de direitos. Estes direitos eram considerados normas programáticas das quais se esperava programas e objetivos de governo, mas não tinham caráter obrigatório e punitivo. Em um segundo momento, já, no Estado democrático de direito, a doutrina e jurisprudência passam a interpretar as normas programáticas sob outro ângulo, conferindo não só eficácia jurídica negativa, mas eficácia jurídica positiva e eficácia social. A Constituição da República de 1988 vai além, garante no artigo 5, §1º, a aplicabilidade imediata para todos os direitos fundamentais, estando estes classificados como normas programáticas ou não. Ainda prevê de forma específica para os direitos da criança e adolescente a prioridade absoluta, incumbindo deveres ao poder público e sociedade para garantias destes.

O ECA, Lei 8.069 (Brasil,1990), regulamenta o artigo 227 da CRFB/88, referente aos direitos da criança e adolescente, e faz previsão das ações civis públicas, utilizadas na tutela de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, dando legitimidade ao Ministério Público, às pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estado, Distrito Federal e Município) e associações para propositura desta ação visando à efetividade destes direitos mediante o Judiciário.

Diante de inúmeros descumprimentos e omissão dos governantes em relação aos direitos da criança e adolescente, as pretensões judiciais com a finalidade de que o Poder Público implemente programas e ações que efetivem estes direitos, assim como a decisão judicial tutelando estes direitos, ou ainda, dispondo sobre qual programa deva primeiro ser colocado em prática, não ofende o princípio da separação dos poderes, não tratando portando de intervenção do Judiciário no Executivo ou Legislativo, mas de fazê-los cumprir funções típicas determinadas pela Constituição.

A educação e a saúde, na realidade brasileira, não vêm sendo consideradas como prioridade pelo Poder Público, ficando, aliás, sempre em último plano, sendo notável o descumprimento de tais preceitos constitucionais. Verbas são aplicadas em programas diversos dos que garantem efetividade dos direitos da criança e adolescente, dando-se prioridades diferentes da área infanto-juvenil.

Assim, várias prioridades constitucionais são descumpridas nos programas de governo, sempre se utilizando a desculpa da reserva do possível e postergando tais políticas. Porém, o Judiciário, através de julgamento de ações, principalmente pleiteadas pelo MP, diante da legitimidade para propositura das ações civis públicas, tem mudado esta mascarada e insuportável realidade, aplicando o que determina a norma constitucional, artigo 227 da Constituição da República de 1988, cujo entendimento é crescente no sentido da destinação de verbas públicas de forma prioritária pelos agentes públicos a programas de governo que garantam a efetividade dos direitos da criança e adolescente.

A ação civil pública é instrumento idôneo para acionar o Poder Público que esteja omitindo-se no cumprimento dos direitos fundamentais da criança e adolescente, e o MP, além de outros co-legitimados, como defensor dos interesses da sociedade, da criança e adolescente, deve velar por esta proteção, acionando o Judiciário sempre que necessário. Este deverá desenvolver sua função típica, julgar o pedido e fazer com que se cumpra a legislação, seja quem for, particular ou Poder Público, garantindo a efetividade de uma forte Constituição, norma maior que regula um Estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

ABRINQ. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.fundabrinq.org.br/portal/quem-somos/apresentacao.aspx>>. Acesso em: 30 de jul. de 2009.

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da Infância e da Juventude**. Coordenação Edilson Mougnot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2005.

APPIO, Eduardo. **A Judicialização da Política em Dworkin**. Disponível em: www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/.../15279. Acesso em 10 de dez. de 2010.

ARENT, Hannah. **A Condição Humana**. 6. ed. São Paulo/Rio: Forense Universitária, 1993.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos humanos**. Proclamada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 maio 2010.

Associação Juízes para a Democracia. **Quem somos**. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/busca.php>. Acesso em: 09 de dez. 2010.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 39. ed.. São Paulo: Globo, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BAUM, Ana. **II Encontro Nacional da Rede Alfredo de Carvalho**. Florianópolis, de 15 a 17 de abril de 2004. GT História da Mídia Sonora. Coordenação: Prof.^a Ana Baum (UFF). Disponível em: <www.almanaquedacomunicacao.com.br/files/others/Baumworcel.doc>. Acesso em: 02 de ago. de 2010.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Educação, Democracia e Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/bib/benevid.htm>. Acesso em: 09 de dez. 2010.

BOBBIO, BOBBIO, Norberto; Trad. Carlos Nelson Coutinho. **A Era dos Direitos**. 4. reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política** (2 volumes). Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Loiai Mônaco, João Ferreira, Luis Guerreiro

Pinto Cacais, Renzo Dini. 11 ed. Brasília: UnB. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/dicionario-de-politica-noberto-bobbio-nicola-matteucci-gianfranco-pasquino-pdf-a17504.html>>. Acesso em 14 de ago. de 2010.

BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. **A (im)possível inclusão do "outro" na sociedade excludente**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2687, 9 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17787>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

BONAVIDES. Paulo. **Ciência Política**. 10. ed.. São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 19. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 02 fev de 2010.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 02 de fev. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 1º de mai. 2010.

BRASIL. **Decreto 678 de 06 de novembro de 1992 Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 10 abr. 2010.

BRASIL. **Lei 4242 de 6 de janeiro de 1921**. Fixa a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício de 1921. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/base_legis/legislacao/LEI146.html>. Acesso em: 02 mai. de 2010.

BRASIL. Lei 4657 de 4 de dezembro de 1942. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso 02 fev. 2010.

BRASIL. **Lei 6015 de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm> Acesso em: 02 mai. 2010.

BRASIL. **Lei 6.385 de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Lei no 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Dispõe sobre o Código de Menores. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/128333/lei-6697-79>>. Acesso em: 02 mai. 2010.

BRASIL. **Lei 6815 de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6815.htm>>. Acesso em: 03 mai. 2010.

BRASIL. **Lei 6938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 mai. 2010.

BRASIL. **Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 04 mai. 2010.

BRASIL. **Lei 7853 de 4 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/legislacao/.../lei-7853-89. Acesso em: 02 abr. 2010.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 08 out. 2009.

BRASIL. **Lei 8078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 03 mai. 2010.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 de nov. de 2009.

BRASIL. **Lei 9265 de 12 de fevereiro de 1996.** Regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania. Disponível em: <<http://www.lei.adv.br/9265-96.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2010.

BRASIL. **Lei 9868 de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 02 de fev. 2010.

BRASIL. **Lei 9882 de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

BRASIL. **Lei Complementar 101 de 4 maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed.. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNEIRO, Eduardo S.; LIMA JUNIOR, Jayme B. **Damião Ximenes e Gilson Nogueira: Os primeiros casos contra Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 mar. de 2010.

CEDCA. **Conselho Estadual dos Direitos da Criança e Adolescente**. Disponível em: <<http://www.cedca.mg.gov.br/>>. Acesso em: 30 de jul. de 2009.

CMDCA. **Conselho Municipal dos Direitos da Criança e Adolescente**. Disponível em: <<http://www.cmdca.org.br/>>. Acesso em: 30 de jul. de 2009.

CONANDA. **Princípios da Política Nacional dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes no Brasil**. Disponível em: < <http://www.presidencia.gov.br/estrutura>>. Acesso em: 30 de jul. de 2009.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

CONVENÇÃO DE VIENA. **Direito dos Tratados de 1969**. Disponível em:< http://pessoal.facensa.com.br/juliana/.../conv_viena_1969_direito_dos_tratados.doc>. Acesso em: 02 de mai. 2010.

CORREIO BRASILIENSE de 04 de maio de 2010. **Mantega diz que Lei de Responsabilidade Fiscal conteve sangria dos gastos dos estados**. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/>>. Acesso em: 11 maio de 2010.

CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais**. 7. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. Ed.. Salvador: Editora Juspodvim, 2008.

DALLARI, Dalmo. **Ministério Público Imparcial e Independente**. Fonte extraída do jornal do Brasil de 19/03/2010. Disponível em: http://www.mp.sc.gov.br.portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=10329. Acesso em 11 de dez. 2010.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros, 2007. 99 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. Bahia: Juspodvim, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie e ZANETI JUNIOR, Hermes. **Direito constitucional: Noções introdutórias**. Disponível em: <<http://www.raul.pro.br/didatic/quadros1b.htm>>. Acesso em: 02 mai. 2010.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª. ed.. 5ª tiragem. São Paulo. Malheiros, 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação para o desenvolvimento da Educação, 2001.

FILHO, Evaristo de M. MORAES, Antonio C. F. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTR, 1995.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2010.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão Francesa de 1789**. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1789.htm>. Acesso em: 1º. mai. 2010.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>> Acesso em: 1º. mai. 2010.

FRANÇA. **Manifesto Comunista**. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/manifestocomunistahtml>>. Acesso em: 21 abr. 2010.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mader. **O Risco da Crise do Poder legislativo para o Estado Democrático de Direito: A necessária reconstrução da esfera pública, o resgate do político e a reformulação da democracia.** Revista eletrônica Direitos Fundamentais e Democracia. ISSN 1982-0496, vol.5. UNIBRASIL. Acesso em: 10 de dez. De 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade.** Vol. I e II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler- UGF. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

Haidar, Rodrigo. **Amicus curiae influi em decisões do STF, mostra pesquisa.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-06/amicus_curiae_influi_decisooes_stf_mostra_pesquisa>. Acesso em: 24 abr. 2010.

HAMEL, Marcio Renan. **Movimentos Sociais e Democracia Participativa.** Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/095/95hamel.htm>. Acesso em 09 de dez. 2010.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem.** 21. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2004.

IBGE. **INDICADORES DEMOGRÁFICOS.** IBGE/Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica. Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade para o Período 1980-2050 – Revisão 2008. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/populacao_tabela02.htm>. Acesso em: 20 de abr. de 2010.

IBGE. **INDICADORES DEMOGRÁFICOS.** IBGE/Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2007. / Organização: Marcelo Iha. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br>>. Acesso em: 20 de jul. de 2010.

INGLATERRA. **Os Termos da Magna Carta de 1215.** Disponível em: <<http://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal/>>. Acesso em: 14 de ago. de 2010.

LENZA, Pedro. Teoria geral da ação civil pública. 2 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

LIMA, Newotn de Oliveira. **A jurisdição constitucional procedimentalista como meio de construção de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/37511/1>. Acesso em 10 de dez. de 2010.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Democracia hoje. Para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. **Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2001**.

KILDARE, Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional**. Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. **CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA - UNICEF** (Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e Promulgada pelo Decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/documentos_internacionais/id109.htm>. Acesso em: 02 fev. 2010.

MNMMR. **Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua**. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Home/tabid/37/Default.aspx>>. Acesso em: 30 de jul. de 2009.

MAIA, Anabela; VENTURA Liliana; MARQUES, José C.; FREITAS, Duarte. **As Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>>. Acesso em: 20 mai. 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **A Teoria de Separação da Poderes**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5896>>. Acesso em: 20 de out. de 2010.

MAQUIAVEL. Trad. Nasseti, Pietro. **O Príncipe**. São Paulo. Martin Claret. 2004.

MARTINEZ, Vinício C. **Estado de Direito Social**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 24 nov. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e outros Interesses**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELHADO, Reginaldo. **Metamorfose do Capital e do Trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral** São Paulo: LTR, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de Direito Público**, n.57/58, 1981.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde em Destaque**. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/default.cfm>> .Acesso em: 20 de abr. de 2010.

MONTESQUIEU, Charles. **Do Espírito das Leis**. Disponível em: <file:///Lenin/Rede Local/Equipe/Michele/MONTESQUIEU - O Espírito das Leis2.txt.>. Acesso em: 25 de set. de 2010.

MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes. Evolução histórica da inimputabilidade penal: **uma abordagem cronológica da loucura na humanidade e seus reflexos na legislação criminal brasileira até o Código de Piragibe**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8234>>. Acesso em: 24 abr. 2010.

MOTA, Myriam Becho e Braick, Patrícia Ramos. **História das Cavernas ao Terceiro Milênio**. São Paulo: Moderna, 2005.

MP vai às ruas: um encontro para o Ministério Público ouvir a comunidade. Disponível em: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_detalle.asp?campo=1093. Acesso em 11 de dez. 2010.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhman e Habermas. São Paulo: Martins Forense, 2006.

PASTORAL DO MENOR NACIONAL. **PASTORAL DO MENOR**. Disponível em: <<http://www.pastoraldomenornacional.org/>>. Acesso em: 30 de jul. de 2009.

PNAD. **Evolução do Trabalho Infantil no Brasil** (dados de 2007). Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/>>. Acesso em: 20 de out.2010.

ROMITA, Aryon Saião. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2007.

ROMITA, Aryon Saião. **O Fascismo no Direito do Trabalho Brasileiro: Influência da Carta del Lavoro sobre a legislação trabalhista brasileira**. São Paulo: LTr, 2001.

ROMITA, Aryon Saião. **O Princípio da Proteção em Xequê**. São Paulo: LTR, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. Ed.29. São Paulo: Malheiros, 2006.

SINASE. **Sistema Nacional de Atendimento Sócio-Educativo**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sedh/spdca/sinase/>. Acesso em: 30 de jul. de 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Processo REsp 901109 / RS; RECURSO ESPECIAL 2006/0247141-5 - Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS - Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 13/03/2007 - Data da Publicação/Fonte - **DJ** 26.03.2007. 227 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271286/RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 12/9/2000, **DJ** 24/11/2000. Julgamento de RE-AgR 410715 / SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03/02/2006 p. 00076.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento de RE 436996 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, 22.11.2005. (RE-436996). Relator Ministro Celso de Mello. **Informativo 410**.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante 25. Aprovada em sessão plenária 16 de dezembro de 2009. Publicada DJe nº 238, p. 1, em 23/12/2009, **DOU** de 23/12/2009, p. 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento Nº 1.0231.08.126811-3/001. Relator Maria Elza. Publicado em 19 junho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS.. **Apelação Cível/Reexame necessário nº 1.0024.06.275031-0/001**. Relator Nepomuceno Silva. Publicado em 06 de dezembro de 2007: Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/>>. Acesso em 10 mai. 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Recurso de Apelação nº1. 0439.97.064671-6/001(1).** Relator Belizário de Lacerda. Data da Publicação do Acórdão: 07/11/2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 10 mai. 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **REEXAME NECESSÁRIO Nº 1.0686.07.191168-5/001.** Relator: Dorival Guimarães Pereira. Publicação 04 março de 2008. Disponível em: Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/>> Acesso em: 10 mai. 2010.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **Cançado Trindade Questiona a Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio.** Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos Dia 25 de maio de 2000 Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 06 de set. 2010.

UNICEF. **UNICEF divulga relatório mundial sobre a situação da infância.** Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/media_11318.htm>. Acesso em: 20 de abr. de 2010.

VERONESE. Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VIANA, Luiz W. *et al.* **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIANA, Márcio Túlio. **As Andanças da Economia e as Mudanças no Direito,** in O novo contrato a prazo (obra coletiva). São Paulo: LTr, 1998.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de Resistência.** São Paulo: LTR, 1996.

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia.** Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf >. Acesso em: 01 mai. 2010.

UNICEF. **O Município e a Criança de até 6 Anos.** Direitos cumpridos, respeitados e protegidos. Disponível em: < http://www.unicef.org/brazil/pt/livreto_azul.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2009.

VERONESE. Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VILLALOBOS, Jorge. **Hermenêutica Constitucional**. PETER HÄBERLE. Disponível em: <http://factorama2.blogspot.com/2009/07/hermeneutica-constitucional-peter.html>. Acesso em: 24 abr. 2010.

ZARDO, Cláudia. As adolescentes em conflito com a lei e o direito de papel. **Consulex**, São Paulo, v. 286, 31-34 p., dez./2010.

ZOLLINGER, Márcia. **Proteção Processual dos Direitos Fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006.