

# UMA ANÁLISE CRÍTICA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Lucas Bittencourt e Xavier<sup>1</sup>

Resumo: O presente artigo faz uma análise crítica quanto à efetivação do fenômeno da constitucionalização do direito privado no microsistema de proteção a criança e ao adolescente. Neste sentido parte-se de um breve estudo da descodificação do Código Civil, perpassando pelo surgimento dos microsistemas até o exame da estrutura normativa do ECA dividido em quatro sistemas legais dada a natureza das regras em comento. Após, verifica-se o descompasso entre a posposta legislativa de aplicação prática do estatuto e o atual conceito da nova hermenêutica civil constitucional defendida por respeitável setor da doutrina nacional. Nesta nova hermenêutica, defende-se a implementação do programa constitucional de promoção da dignidade da pessoa humana mediante a concretização de políticas públicas, muitas das quais componentes essenciais do sistema primário de regras do Estatuto, por vezes esquecidas frente à aplicação direta dos demais sistemas normativos que o microsistema apresenta. Assim, questiona-se a constitucionalização de um microsistema complexo e diversificado em sua estrutura bem como, ao final, busca apresentar uma resposta a tantas críticas negativas, seja da sociedade, seja do próprio meio jurídico, que

---

<sup>1</sup> Advogado, formado pela Universidade Federal de Ouro Preto; Foi Professor Substituto de Direito Administrativo, Constitucional, Municipal, Humanos e Reais no curso Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestrado em Direito Privado pela PUC-Minas; Pós graduado em Processo Civil pela Anhanguera UNIDERP - REDE LFG; Professor de Direito Administrativo da Faculdade ASA de Brumadinho; lucasbx\_@hotmail.com

são direcionadas a importância e a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Microssistemas. Desodificação. Constitucionalização. Sistemas Normativos.



## 1 INTRODUÇÃO: DA UNICIDADE A PLURALIDADE DOS MICROSSISTEMAS

Atualmente vive-se um novo estágio na ceara civilista; um momento em que o não tão novo Código Civil de 2002 revela claramente sua nova estampa, um novo jeito de agir e atuar nas relações privadas. Sai a autonomia da vontade para dar espaço à autonomia privada amparada pela justiça e a solidariedade social quando da sua efetiva aplicação.

Não se preocupa apenas com as relações privadas em seu conteúdo patrimonial, mas também com os agentes mentores destas relações de forma singularizada, dentro de suas peculiaridades e necessidades enquanto cidadãos. Vislumbra-se uma nova postura do civilista atual frente a estas mudanças e a fenômenos que acometem o diploma privatista. Vive-se o pós-positivismo jurídico.

A idéia de unicidade legal, do liberalismo jurídico, ainda bastante presente no Código de Beviláqua, começa a perder espaço frente à dificuldade de em um único diploma civil implementar a pluralidade de princípios humanitários oriundos da Constituição além de disciplinar, de forma minuciosa e singular, alguns sujeitos de direito das relações jurídicas contemporâneas.

O código de 16, ainda trazia forte influência da Escola da Exegese na qual se reestruturou o modelo exclusivista da antiga tradição medieval e num cenário onde imperava o individualismo oitocentista. Ao estado cabia apenas a repressão do ilícito que vinha a afrontar a propriedade privada, pouco se importando com uma política de promoção social. A proteção a propriedade estava atrelada a um diploma civil único e que, portanto, exalava-se de segurança jurídica (TEPEDINO, 2001).

Forjava-se um diploma civilista completo numa demonstração suprema do fetichismo da lei que não deixava possibilidades a fontes normativas heteronômicas. Abria-se caminho para uma distinção cada vez maior entre os ramos do direito público e o direito privado.

A falência do modelo baseado na completude suprema do código civil inicia-se em meados do século XX na Europa e no Brasil, mais especificamente, a partir da década de 30, onde políticas populistas e de cunho comunitário da Era Vargas implantaram um novo modo do atuar estatal conhecido como dirigismo contratual tão característico ao Estado Social.

Este processo descodificador fundado em leis extravagantes também ganha maior vulto nas transformações econômicas ocorridas na sociedade brasileira a partir da década de 60 onde as leis especiais não se restringiram apenas a normatização dos preceitos do código civil, mas na abordagem de matérias privatistas em todas as suas peculiaridades.

A partir de então, as novas situações fruto das mudanças políticas, econômicas e principalmente sociais, devido ao seu ineditismo, passaram a ser abordadas em extensas e completas leis extravagantes criando o que fora chamado de direito especial. Verdadeiros estatutos foram responsáveis pela transição de um monossistema para um plurissistema no qual cada lei especial já abriga em si autonomia legislativa frente ao Código Civil. Surgem, assim, para a doutrina, os microsistemas (TEPEDINO, 2001)

Numa breve análise prática e factual dos microssistemas vigentes diz-se que estes surgiram com o intuito de cuidar daquelas pessoas que já se encontram em situação de desigualdade frente ao que se convencionou chamar de homem médio. Assim, a lei, visando uma equiparação e proteção destas pessoas em relação à outra parte com quem possam vir a pactuar as tratou de modo prioritário nos chamados microssistemas do direito privado.

Consequentemente, vieram alguns destes estatutos heteronômicos como o das leis de locação predial e urbana, dos contratos imobiliários, o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 ou ECA, assim sendo juridicamente conhecido.

Neste passo, tudo parece seguir uma lógica bastante coerente. Um sistema de leis que se abrandou demasiadamente em conteúdo necessitando, portanto, de leis extravagantes para auxiliar na disciplina das matérias que necessitassem de maior atenção. Entretanto, juntamente com a descodificação seguiram-se outros acontecimentos que tiveram grande repercussão no universo jurídico.

O mundo pós segunda guerra buscou reverter a imagens de barbárie e destruição que ficou na mente de todos ao cessar fogo. Tratados, convenções e até mesmo uma declaração da ONU de 1948 visavam um mundo mais humanista mediante a consagração dos direitos humanos. No Brasil, não foi diferente, principalmente após o fim da ditadura militar e a posterior constituição democrática.

O Brasil tornou-se signatário de inúmeros tratados internacionais, que dentro do território nacional já dividiam espaço a um código civilista fragmentado e inúmeras leis extravagantes. Não obstante o cenário articulado, as diversas mudanças sociais e as inovações que a sociedade foi testemunha nos últimos tempos, dentre os quais os avanços tecnológicos e as novidades da medicina, urgiam por normas

que pudessem servir de parâmetro interpretativo aos intérpretes destas novas relações privatistas.

Logo, vivia-se, ao lado do processo de descodificação, a crise das fontes normativas onde o intérprete da lei não mais sabia por onde construir seu fundamento jurídico. Ensaaiou-se, principalmente no Código Civil de 2002, utilizar-se as cláusulas gerais como meio catalisador e ao mesmo tempo, atualizador, de todas as inovações que a sociedade assistia ou ainda viria a testemunhar. Ocorre que esta alternativa legislativa mostrou-se ineficaz perante a enorme problemática das fontes normativas.

Insta aduzir a Carta Magna como a solução deste problema. Com Constituição de 88 mais humanista e, portanto repleta de normas-princípios, incumbiu-se a estes preceitos humanitários a tarefa de convergir todas as fontes normativas existentes em um único sentido axiológico ou interpretativo. A dignidade da pessoa humana passou a ser fundamento da república e o princípio basilar e norteador de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais. Surge o fenômeno da Constitucionalização dos ramos do direito.

Doutrinadores e juristas dos mais variados campos de atuação travam uma grande discussão acerca deste acontecimento do direito contemporâneo. Não que o assunto seja recente, mas ganhou maior destaque, conforme visto, à luz da Carta Magna de 1988; uma Constituição cidadã que trouxe em seu artigo 5º uma reprodução detalhada da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 no discorrer do capítulo separado aos direitos e garantias fundamentais.

A constitucionalização não se conceitua de forma precisa e definitiva. Parte-se da análise do momento histórico em que se vive. No fim dos anos 80 e início dos anos 90, a escola que ganhava espaço no estudo da Constitucionalização foi comandada por Carlos Alberto Bittar. Nesta, visava-se apenas a identificação dos ditames civilísticos na carta constitucional.

Seguiu-se para um segundo momento da constitucionalização com caráter mais hermenêutico, no qual o principal objetivo era interpretar os preceitos civis baseando-se nas normas e princípios constitucionais. Tendo como precursor desta corrente o mestre Gustavo Tepedino, esta corrente ainda persiste mesmo tendo sua origem ainda no fim dos anos 90. Isto se deve ao fato de que esta nova modalidade interpretativa de todos os diplomas legais a luz da Constituição está inerente ao Estado Democrático de Direito.

A terceira corrente e mais atual é chamada de programática haja vista que a mesma não se baseia apenas numa interpretação conforme a Constituição, mas o respeito e atenção aos ditames do direito civil, aplicando-os sempre visando implantar o programa constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana. Importa transcrever o excerto abaixo referente ao atual paradigma de constitucionalização:

[...] a Constituição, ao elevar a dignidade humana ao status de fundamento da República, traçou um programa geral a ser cumprido pelo Estado e por todos nós. Este programa consiste em promover o ser humano, em conferir-lhe cidadania, por meio da educação, da saúde, da habitação, do trabalho e do lazer, enfim por meio da vida digna. E a própria Constituição, por vezes, fixa parâmetros e políticas para a implementação desse programa. Assim, o Direito Civil-constitucional não se resume mais ao Direito Civil interpretado à luz da Constituição, mas interpretado à luz da Constituição, com vistas a implantar o programa constitucional de promoção da dignidade humana. Em outras palavras, não se trata mais de simplesmente dizer o óbvio, isto é, que o Direito Civil deve ser lido à luz da Constituição, mas antes de estabelecer uma interpretação civil-

constitucional que efetivamente implante o programa estabelecido na Constituição. Trata-se de estabelecer um *modus interpretandi* que parta dos ditames e dos limites da norma posta, numa ótica constitucional, assim promovendo a dignidade humana. (FIUZA, 2009)

E Fiuza ainda complementa em seu texto dizendo:

O Estado e o indivíduo são co-responsáveis nessa tarefa. O Estado deve elaborar políticas públicas adequadas, não protecionistas, que não imbecilizem o indivíduo, nem lhe dêem esmola. Deve disponibilizar saúde e educação de boa qualidade; deve financiar a produção e o consumo; deve engendrar uma política de pleno emprego; deve elaborar uma legislação trabalhista adequada; deve garantir infra-estrutura; deve também garantir o acesso de todos à Justiça; deve criar e estimular meios alternativos de solução de controvérsias; dentre milhares de outras ações que deve praticar. (FIUZA, 2009)

Juntamente ao mestre Fiuza, Rizzato Nunes (2002, p.51) endossa o entendimento desta nova hermenêutica constitucional ao afirmar que para a aplicação constitucional do princípio da dignidade, *deve-se respeitar a dignidade da pessoa humana assegurando-se, concretamente, os direitos sociais já previstos na Constituição, como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.* (grifo nosso)

Nesses moldes, foi e ainda é notória a constitucionalização do direito civil, o que significa concluir que se operou também automaticamente a constitucionalização dos microssistemas já existente ao tempo do novo texto constitucional bem como daqueles que vieram a ser

promulgados na seqüência como o do Estatuto da criança e do adolescente.

Fazendo uma ligação entre os fenômenos da constitucionalização e da já mencionada descodificação, assim cita Lorenzetti:

O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e microssistemas. O Código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente.

O código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais. (LORENZETTI, 2003, p. 221)

Porém, como se opera a constitucionalização em um estatuto com tantas particularidades normativas?

Dizer que nos preceitos do ECA muito se pode ver dos regramentos principiológicos da Constituição, está perfeitamente correto. Mas dizer que nisto já se faz presente o tão alardeado fenômeno da constitucionalização, requer-se um melhor aprofundamento.

Primeiramente resta saber o que de fato seria a Constitucionalização do Direito Civil e dos seus microssistemas, bem como notar – sendo este ponto o de maior relevância no estudo em tela – como se operou a adequação e a assimilação nas leis especiais do novo paradigma constitucional.

O Estatuto da criança e do adolescente trás em seus preceitos não apenas questões típicas ao direito privado, mas princípios constitucionais, questões de direito administrativo - quando faz referência, por exemplo, a sanções administrativas - organização judiciária e sanções disciplinares, encontrando dentre estas, punições e alguns tópicos de direito penal. Assim, entender e analisar criticamente a constitucionalização de um microssistema tão peculiar e fechado em si passa



antecipadamente por um breve estudo quanto a sua origem e estruturação normativa. Corroborando com mencionado, assim cita César Fiuza:

Estes microsistemas, apesar de girarem em torno do Código Civil, têm vida própria. São, em grande parte, interdisciplinares, inspirando-se em princípios não só de Direito Privado como também de Direito Público. É o que ocorre, por exemplo, com os microssistemas do consumidor, da família e outros. (FIUZA, 2003, p. 30) (destaque nosso)

## 2 HISTÓRICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Até 1990, o diploma que regia o direito da infância e juventude no Brasil era o código de menores de 1979. Um diploma que apresentava como base a doutrina da situação irregular. Esta doutrina destinava-se apenas aos chamados "menores em situação irregular", aqueles classificados como "carentes, abandonados, inadaptados e infratores", reservando medidas de proteção para os "carentes e abandonados" e de vigilância e correção para os "inadaptados e infratores". O "menor" era visto como objeto de intervenção jurídico-social do Estado.

O código de menores também era uma lei de medidas assim como o ECA. Contudo o Código de Menores era um sistema normativo de medidas assistencialistas que tinha como principal medida, o abrigo. Referia-se a todos os problemas da infância e juventude como problemas relacionados à pobreza e a marginalização social constituindo-se em um diploma de regras estigmatizantes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente segue outro caminho. O novo diploma protetivo se aplica a toda e qualquer criança e adolescente, seja ela desprovida de recursos ou não.

Esta amplitude de conteúdo frente ao caráter exclusivista do antigo código de menores deve-se a um dos princípios base do microsistema de 90, qual seja, a universalidade.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988 não havia mais espaço para uma lei que se referi-se a infante adolescência pautada na doutrina da situação irregular pois a nova *Carta Magna* trouxe para o ordenamento jurídico no artigo 227 o princípio da proteção integral, standard supremo na elaboração de todo o microsistema de proteção da criança e do adolescente. Neste sentido, a proteção integral veio como corolário do princípio do melhor interesse da criança (“*the Best interest of the child*”) o qual foi reconhecido e ratificado em âmbito internacional, em 1989 com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas e ratificado pelo Brasil através do Decreto 99.710/99, transcorrendo em seu artigo 3.(1) da seguinte forma:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, *devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança* (PEREIRA, 2000a, p.215) (grifos no original).

Na doutrina, acerca do melhor interesse da criança e do adolescente, assim dispõe Caio Mário da Silva Pereira:

É inafastável a aplicação deste princípio considerando, especialmente, a regra do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ao determinar que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (PEREIRA, 2009, p.31).

Estabelecida no artigo 1º do ECA, a proteção integral consiste em garantir à todas as crianças e adolescentes, sem exceção, os direitos à sobrevivência, ao desenvolvimento pessoal e social e à integridade física, psicológica e moral, com a criação e articulação de um conjunto de políticas e ações em quatro grandes áreas: *Políticas Sociais Básicas, Assistência Social, Proteção Especial e Garantia de Direitos* (destaque nosso). Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos exigíveis com base na lei.

Proteção Integral, segundo a doutrina, é uma garantia dada a toda criança e adolescente de que seus direitos mínimos, ou seja, aqueles mesmos direitos dado aos adultos, quais sejam, o direito a vida, o direito a educação, o direito a cultura, o direito ao esporte, o direito ao lazer, o direito a integridade, sejam cumpridos. Porém, por se tratar de pessoas em especial condição de desenvolvimento, tais direitos deverão ser cumpridos com preferência, primazia e prioridade. E mais, o princípio da proteção integral tem ainda um outro desdobramento pois é dele que se vislumbra quais são os responsáveis legais por estes direitos elencados no ECA.

E quais são os responsáveis por estes direitos referentes à infância e a juventude?

A família, o Estado, a sociedade e a comunidade em geral, havendo neste ponto uma importante novidade trazida pela nova lei de adoção (lei 12.010-09). Novidade sob o ponto de vista legislativo, pois sob o ponto de vista interpretativo, tal informação já era bastante óbvia. Esta novidade é a inserção legal do Estado como principal responsável pela consecução dos direitos da criança e do adolescente, fato este que já se interpretava das decisões dos tribunais de todo o país no que concerne às normas do ECA.

O detalhe que se acrescenta com a nova lei de adoção é explicitação legal de que a responsabilidade pela criança e o adolescente é prioritária do Estado. Há quem dissesse que o

primeiro responsável é a família, mas a nova lei de adoção descartou este posicionamento ao deixar claro aos seus intérpretes que o Estado é o primeiro responsável pela consecução dos direitos da infância e juventude, seja por meio do ente municipal, seja através do Estado-membro ou mesmo pela União.

É evidente, e aqui se tem mais uma novidade da lei 12.010-09, o tratamento da responsabilidade parental. Sempre que se aplica medida de proteção ou até mesmo na atividade jurisdicional do magistrado, a responsabilidade parental deve sempre ser trazida. Mas mesmo com esta referência evocando uma presença fundamental da responsabilidade parental nos assuntos do ECA, o principal responsável pela consecução dos direitos da criança e do adolescente é o Estado conforme foi legalmente estabelecido.

### 3 A ESTRUTURA NORMATIVA DO ESTATUTO ATUAL

O Estatuto da criança e do adolescente classifica-se como um microsistema legislativo e como tal deve ser estudado de forma estancada. O estatuto pode ser dividido, conforme já estabeleceu a doutrina, em três principais sistemas de garantia: um primário, outro secundário e por fim o terciário. Contudo, vozes não menos importantes do meio jurídico inovam ao apresentar esta divisão do referido diploma legal em quatro sistemas de garantias; posicionamento este acolhido no presente estudo.

Para estes, mantém-se a divisão clássica do Estatuto no que se refere aos três primeiros sistemas, porém, incorpora-se aos mesmos um quarto e último setor incumbido da efetividade prática do citado microsistema. Neste encontrar-se-ia a previsão no estatuto de responsabilidade no âmbito administrativo e penal àqueles que não cumprem os preceitos pré-estabelecidos na lei de proteção a criança e ao adolescente.

O sistema primário é aquele no qual se verifica as garantias fundamentais da criança e do adolescente. Direito a vida, o direito a educação, direito a convivência familiar e comunitária; são direitos de todo e qualquer brasileiro, porém previsto de forma específica no estatuto em seu artigo 4º. Este ato normativo trás o desdobramento da proteção integral que norteará todo o ECA conforme já citado; diz respeito a garantia da absoluta prioridade conferida ao menor.

Esta garantia atribui principalmente ao ente publico a obrigação de cuidar das questões da infância e da adolescência com absoluta prioridade ou primazia. Logo, todas as questões relacionadas à criança e adolescente devem estar em primeiro plano. Isto se evidencia na destinação de verbas pelo Estado, preferência na criação de políticas públicas e no que se refere às questões orçamentárias, a antecedência na verificação das verbas destinadas a infância e adolescência além, é claro, da preferência ao menor na prestação de socorro junto aos SUS.

Vale dizer que o direito de convivência familiar e comunitária não é apenas a colocação da criança ou adolescente em família substituta. É antes disso, de maneira exaustiva, a tentativa de manutenção da criança e do adolescente em sua família de origem. Talvez seja este o principal problema da adoção, haja vista o fato da mesma ser posta como principal fator de resolução dos problemas da infância e juventude, quando não o é. Deve-se primeiro buscar este objetivo já tão esquecido da convivência familiar e comunitária que não a adoção.

Já o sistema secundário, tem como principal preceito o artigo 101 do Estatuto, no qual se constata as medidas de proteção que somente serão acionadas caso o sistema primário não seja posto em prática ou não seja respeitado. Logo, por opção legislativa, a divisão feita por sistemas do ECA não objetiva apenas uma facilitação didática no estudo e manejo do mesmo, mas impõe ditames e limites legais que devem ser

respeitados e aplicados segundo a sua posição estrutural dentro dos sistemas normativos elaborados no ECA.

As medidas de proteção só são acionadas quando a criança e o adolescente tem os seus direitos primários violados. O sistema primário e secundário se aplica a criança e ao adolescente enquanto que o sistema terciário, que representa o sistema de justiça ou sistema de medidas socioeducativas aplica-se apenas ao adolescente e não a criança. Neste faz-se a apuração dos atos infracionais. Cabe lembrar que criança nos termos do ECA em seu artigo 2º é o indivíduo de 0 (zero) até doze anos de idade incompleto enquanto adolescente é a pessoa de doze aos 18 anos.

Para os defensores do quarto e último sistema normativo do ECA, este vem a elencar os responsáveis pela proteção da criança e do adolescente e descrever as penalidades aos mesmos quando violarem ou não protegerem os direitos estabelecidos nos setores anteriores do ECA. Segundo a nova lei de adoção, hoje ao Estado incumbe a maior parte desta responsabilização, seguido dos pais e responsáveis conforme o artigo 129 do estatuto.

#### 4 CRÍTICA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ECA

Como já exposto supra, vive-se o momento dos chamados microssistemas, consequência direta da descodificação do código juscivilístico. Juntamente a este fenômeno do direito, segue-se a constitucionalização de todos os diplomas infraconstitucionais, quer de direito público, quer de direito privado.

O Código Civil não perdeu seu espaço como diploma central do sistema civilístico. Seus ditames e limites continuam a ser observados e aplicados, porém, com um novo intuito. Aplicam-se as regras do *Codex* como meio de implementação do programa constitucional de promoção da dignidade da

pessoa humana, conforme o entendimento contemporâneo de parte da doutrina defensora da constitucionalização programática.

Como desmembramento direto do diploma civil, ao estatuto da criança e do adolescente não fugiu à constitucionalização.

Ocorre que a estrutura do microsistema em comento engloba normas constitucionais, administrativas e até criminais, evidenciando-se assim a peculiaridade e singularidade deste sistema normativo. Logo, muitos doutrinadores e juristas passaram a identificar dentro do Estatuto uma projeção direta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o princípio da proteção integral que se desmembra no sub-princípio do melhor interesse do menor.

A proteção integral juntamente com o melhor interesse da criança e do adolescente estabelecem a ligação entre este microsistema e os preceitos fundamentais consagrados na Carta Magna de 88.

Porém, partindo-se da idéia da proteção integral como princípio geral balizador da hermenêutica a ser adotada em todas as demais regras do estatuto, seja qual a sua natureza legal ou sistema normativo do ECA as quais pertencem, conclui-se por uma constitucionalização meramente interpretativa e nem um pouco programática. Neste sentido questiona-se: estaria o microsistema de proteção a criança e ao adolescente, dada as suas peculiaridades, adstrito apenas a idéia de uma constitucionalização meramente interpretativa das normas civilistas?

Não. A opção legislativa de se dividir o estatuto em sistemas caminha junto à idéia de uma interpretação programática. Segui-se o seguinte raciocínio.

A mídia, o direito e a própria sociedade questionam constantemente o valor e a importância que possuem as regras

do ECA. Críticos chegam a referir-se como um sistema de normas fraco, falido ou ultrapassado. Focalizam as falhas pontuais, mas não buscam a razão e o porquê desta situação, o que dirá quanto a uma possível proposta que vise superar tais problemas. Como exemplo desta postura pode-se citar trechos de um cordel escrito pelo renomado poeta cordelista baiano, Jotacê Freitas, publicado em seu blog oficial ([oficinadecordel.blogspot.com](http://oficinadecordel.blogspot.com)) que assim aduz:

O Brasil anda pra trás  
Nos trilhos da educação  
Com a criação do ECA  
Houve uma deturpação  
Entre direito e dever  
Pras crianças da nação.

Se passaram 20 anos  
E o ECA só aumentou  
Nossa marginalidade  
Com o menor infrator  
Que é sempre protegido  
Faça lá seja o que for.  
[...]

Ocorre que boa parte destas críticas poderiam ser superadas ou rechaçadas se o estatuto fosse implementado conforme o que fora preconizado no conceito de constitucionalização programática, a qual não se fez ausente na elaboração do microssistema.

Hoje, a regra é a implementação do segundo e do terceiro sistema normativo do ECA, referente as medidas de proteção e ao sistema de justiça ou de medidas socioeducativas respectivamente, quando os mesmos só deveriam ser evocados no não cumprimento do artigo 4º do estatuto ou do primeiro setor. Seriam exceções e não a regra como se assiste cotidianamente.



Logo, se a constitucionalização significa o respeito também aos ditames e limites da lei positiva no intuito de implantar o programa constitucional, deve-se, fundamentalmente, respeitar e aplicar prioritariamente o primeiro sistema de regras do ECA pois só por meio desta técnica e lógica factual é que se poderá vislumbrar a implementação da cidadania humana mediante os programas e políticas públicas atribuídos ao Estado na proteção da criança e do adolescente. Não se faz necessário mudanças e reformas no conteúdo legal, basta implementar aquilo que já possui este completo corpo de lei, conforme preconiza a senadora Patrícia Saboya (2008) do PDT-CE.

Para a parlamentar, enquanto presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Criança e do Adolescente, o ECA não pode ser modificado para "se adaptar" à realidade brasileira, e sim a sociedade é quem deve seguir as normas previstas na legislação. "Muitos defendem a modificação de uma lei que sequer tentam aplicar. Não podemos aceitar o argumento de que o ECA precisa mudar porque é moderno demais", explica ao site observatório de segurança, do portal terra, em matéria publicada dia 13-07-2008.

Alias, o artigo 4º do estatuto vem justamente sintetizar e repetir, para assim atribuir prioridade e preferência ao menor, todas as políticas públicas da Constituição atribuídas a qualquer pessoa que se pretenda plena em sua dignidade. Eis que se segue o preceito legal:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes 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.

Parágrafo único. A garantia de prioridade

compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Dispõe o capítulo I do estatuto sobre a saúde e o direito a vida do menor; o capítulo II, do direito a liberdade, o respeito e a dignidade; o capítulo III, do direito a convivência familiar e comunitária; o capítulo IV do direito a cultura, educação, esporte e lazer e o capítulo V do direito a proteção e profissionalização no trabalho.

Assim, evidente está que o massacrado microsistema da criança e do adolescente trata em minúcias todas as políticas públicas que a própria Constituição já preconiza, mas de forma prioritária ao menor.

O sistema primeiro é rico em regras principiológicas e como tal, carregadas de valor normativo e coercitivos, mas pouco ou quase nunca aplicado na prática pelo poder público ou pelo judiciário. Como já fora dito, a regra atual é aplicação de imediato do sistema de justiça, de medidas socioeducativas ou mesmo as medidas de proteção como colocação em família substituta do artigo 101 do ECA, sendo esquecidas, portanto, aquelas regras que de fato implementariam o programa de promoção da dignidade da pessoa humana e por consequência, evidenciariam na realidade prática o objetivo maior da nova hermenêutica civil-constitucional

Aplicar os princípios do sistema primário ante ao setor secundário e terciário, respeitando assim tais normas, a opção legislativa de sistemas, bem como os ditames e limites da lei

positiva, significa, por conseqüência, implantar as políticas públicas que vão proteger e dar dignidade a pessoa humana. E implantar o programa constitucional significa atribuir a um microsistema infraconstitucional, de relevância na sociedade atual, o verdadeiro objetivo da constitucionalização.

## 5 CONCLUSÃO

A constituição de 88 trouxe a dignidade da pessoa humana como o pilar central da nova Carta Magna. Como ao atual diploma constitucional atribui-se a responsabilidade de gerir e convergir para si todos os demais textos legais infraconstitucionais, aqueles resultantes do processo de descodificação, conhecidos como microsistemas, não fugiram a regra.

E assim o foi com Estatuto da Criança e do Adolescente de 90, promulgado com um conteúdo completo e bem estruturado em sistemas normativos. Dentre estes, o sistema primário veio no intuito de assegurar prioritariamente as políticas públicas que promoveriam a dignidade do menor. Ou seja, um sistema de normas-princípios dotado de força coercitiva e natureza normativa.

Mas a falta de iniciativa na implementação destas normas principiológicas por parte do Estado e por vezes, pelo judiciário, transferiram ao ECA uma desconfiança social quanto da sua validade e efetividade prática. Fortes críticas e propostas de alteração são direcionadas cotidianamente ao Estatuto. Críticas, muitas vezes, infundadas, haja vista a completude e a modernidade apresentada por este corpo de normas.

O próprio Estatuto trás em seu sistema primário a solução de quase todos os problemas sociais dos quais se originam as duras críticas. Basta vontade política em implementar aquilo que já é norma, já é regra, ou dever-ser. Mas não apenas

iniciativa do poder público, como também da população na cobrança daquilo que já é direito legalmente constituído em favor da criança e do adolescente.

O aumento do número de ações civis públicas movidas contra o Estado exigindo a aplicação imediata destas normas do sistema primário, já demonstra um avanço por parte da população. Mas ainda é pouco para se alcançar aquilo que efetivamente propõe a nova hermenêutica civil-constitucional.



## 6 REFERÊNCIAS

- BORGES, Laryssa. *ECA: 16 mil cumprem medidas sócio-educativas*. In: <http://www.observatoriodeseguranca.org>. [Internet] Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/node/753>. Acesso em 31/01/2011
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 20 de jan. 2011.
- BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 20 de jan. 2011.
- FIUZA, César. *Contribuição para uma nova hermenêutica civil-constitucional*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 63, 01/04/2009 [Internet]. Disponível em [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5894](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5894). Acesso em 31/01/2011.
- FIUZA, César. *Crise e interpretação no direito civil da escola*

- da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito Civil – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.23-59.*
- FREITAS, Jotacê. *Os pais já não podem mais dar palmadas em seus filhos!* In: [sopadepoesia.blogspot.com](http://sopadepoesia.blogspot.com) [Internet]. Disponível em <http://sopadepoesia.blogspot.com/2010/07/criticas-aos-20-anos-do-eca.html>. Acesso em 31/01/2011
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *A descodificação e a possibilidade de ressystematização do direito civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). Direito Civil – atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.219-230.*
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NUNES, Rizatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana; doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: direito de família*. 17 ed. Atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 615p. 5v.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 215-234.
- TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, PP.1 e SS.*