

Folha de papel

NILTON KASCIN DOS SANTOS

Promotor de Justiça e Professor, especialista em Direito da Infância e Juventude pela Escola Superior do Ministério Público-RS.

MÁGIDA CRISTIANE DE ALMEIDA

Acadêmica de Direito na UNIJUÍ (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio grande do Sul).

Sumário: Introdução. 1. Um depoimento. 2. Prioridade absoluta e discricionariedade administrativa. 3. Crianças e adolescentes não constituem fator real de poder. Conclusões. Referências bibliográficas.

Palavras-Chave: Criança e Adolescente. Eficácia Plena. Normas Constitucionais. Prioridade Absoluta. Discricionariedade Administrativa.

“As crianças e os adolescentes anseiam ainda pela mais extraordinária das revoluções: a revolução ética do homem político.”¹

Jorge Trindade

INTRODUÇÃO

O texto do art. 227 da Constituição Federal (que é reproduzido integralmente no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente), estabelece que:

“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

¹ Trindade, Jorge. Delinquência Juvenil, 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 1996, p. 33.

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Na prática, entretanto, observa-se que essas normas não são cumpridas, o que resulta em milhares de crianças e adolescentes brasileiros privados de alguns ou de todos os direitos referidos na Constituição e no ECA.

Em razão disso é que decidimos elaborar o presente texto, que tem como objetivos: **a)** a partir de um insólito depoimento ouvido de uma mãe, no dia-a-dia forense, provocar uma reflexão em torno dessa problemática que, notoriamente, encontra verossimilhança em todos os cantos do nosso Brasil; **b)** demonstrar qual a natureza da norma do art. 227 da Constituição quanto à eficácia, ou seja, se de eficácia plena, contida ou limitada; **c)** apontar o significado do princípio da prioridade absoluta em relação aos direitos da criança e do adolescente, trazendo a posição da doutrina sobre o tema; **d)** verificar como deve ser entendida a chamada discricionariedade administrativa a partir da vigência da norma constitucional que cria o princípio da prioridade absoluta; **e)** ainda, demonstrar que o princípio da prioridade absoluta não só afasta a discricionariedade do administrador quanto à necessidade de proteger primeiro os interesses da infância, mas afasta também a necessidade de previsão orçamentária dos valores a serem gastos para a proteção da criança e do adolescente; **f)** a partir da teoria de Lassalle, lembrar algo óbvio: a proteção à infância dependerá, sempre, do agir de terceiros, pois criança e adolescente jamais terão o poder de provocar qualquer atuação política a seu favor, uma vez que não constituem fator real de poder.

1 – UM DEPOIMENTO

“Tenho 31 anos, trabalhamos na lavoura. Casei com 14 anos, meu marido tá com 49 e nunca foi na escola. Tenho estes seis filhos, e também tem um criadinho, de quatro anos, aquele loirinho. A casa só tem um cômodo e fazemos fogo no meio dela. Dormimos no chão. Luz não tem e água a gente busca na sanga. Nós só compra no mercado é carcaça de galinha. O leite às vezes busquemo, porque o leite nós não acostumemo as crianças a tomá, daí eles não sente falta. As crianças já tiveram catapora, dor de barriga, verme às vez têm, piolho e até bicho-de-pé, com tudo de cachorro que tem aí é difícil. Criança, eu tem dois que morreram quando nasceram. A menina nem vai à escola, por aqui não tem pra idade dela, diz que lá fora tem. E tem esse menino, ele vai na escola, mas quase não aprende, é um problema de mente. É fraco das idéias. E até hoje não deram jeito. Eu até nem sei, ele se criou assim, é desde nascença”.

Nessas lúgubres palavras ouvidas de uma mãe, percebe-se que suas crianças experimentam a violação de todos os direitos imagináveis. Sim, aqueles direitos assegurados, “com prioridade absoluta”, na nossa Constituição Cidadã e no ECA. Faltam a essa família os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, ao lazer, à profissionalização etc.

Pergunta-se: de que valem as leis e a constituição, na visão de quem está nessa situação?

A Professora MARISA LAJOLO assim se posiciona, em seu texto *Infância de Papel e Tinta*, da obra *HISTÓRIA SOCIAL DA INFÂNCIA NO BRASIL*, organizada por MARCOS CÉSAR DE FREITAS:

“...Assim, por não falar, a infância não se fala e, não se falando, não ocupa a primeira pessoa nos discursos que dela se ocupam... por não dizer eu... a infância é sempre definida de fora”².

De fato, as crianças não falam, não protestam, não têm sindicato, pelo que fica fácil compreender a extrema dificuldade em convencer o Poder Público e a própria sociedade da necessidade de cumprimento das normas protetoras da infância.

Lendo o sinistro depoimento transcrito, o que se espera é que a mãe, no mínimo, expresse um sentimento de profunda revolta em relação a tudo e a todos. Todavia, o que ocorre é exatamente o contrário, ou seja, sua forma de expressão parece projetar um sentimento de tranqüilidade e conformação.

O que mais espanta não é o fato em si, mas a placidez das palavras da mãe. Quando declara que não dá leite aos seus bebês “para não acostumar”, demonstra ter renunciado mais do que o sagrado direito à vida, à saúde, à alimentação e à dignidade de suas crianças; deixa cristalino que renunciou ao direito de protestar, de revoltar-se.

O conteúdo da declaração obriga recordar a história de “Sarapalha”, um fabuloso conto de Guimarães Rosa, consistente no seguinte diálogo travado entre dois doentes (portadores de malária) em fase terminal:

“O sol cresce, amadurece. Mas eles estão esperando a febre, mais o tremor. Primo Ribeiro parece um defunto...e trouxe cá para fora a caixinha de remédio, a cornicha de pó e mais o cobertor.

O seu inchou mais, Primo Argemiro?

– Olha aqui como é que está... E o seu, Primo?

² Lajolo, Marisa. *Infância de Papel e Tinta*. In *História Social da Infância no Brasil*, Cortez Editora, 1997, p. 226, organização Marcos César de Freitas.

– Hoje está mais alto...

É da passarinha. No vão esquerdo, abaixo das costelas, os baços jamais cessam de aumentar. E todos os dias eles verificam qual foi o que passou à frente...

Tem a hora do cachorro perdigueiro dormir ali perto, e a horinha do perdigueiro sacudir as orelhas, que é o momento de Primo Ribeiro dizer.

- Vida melhor do que a nossa...

Para Primo Argemiro, eternamente, responder.

É sim...”.

Pode-se até mesmo imaginar que a mãe entrevistada, lá na roça, enquanto espera a morte de seus filhos, como os personagens de Guimarães, tenha inveja dos seus próprios cães, mesmo que transmitam “vermes e bicho-de-pé”, pois um cachorro, embora seu dono seja pobre, sempre encontra algum alimento. Nem é preciso referir que existem nas cidades cachorros e gatos comendo alimento importado e com invejáveis planos de saúde.

Mas estaria ela, mesmo, conformada com a falta dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à dignidade, ao respeito, ao lazer, à profissionalização etc., de que padecem ela e suas crianças, a exemplo dos primos moribundos de Guimarães Rosa – que pareciam até gostar de medir os baços, todos os dias, para saber qual dos dois inchou mais?

Não. Ninguém se conforma com a indignidade. “Primo Ribeiro parecia um defunto”, mas tinha sempre consigo “a caixinha de remédio”. Tinha esperança, portanto. Assim, se fosse permitido a essa mãe e seus filhos indefesos o gozo dos direitos constitucionais de que são formalmente titulares, com certeza a oportunidade seria aproveitada.

Mas se as pessoas que estão na mesma situação dessa mãe não protestam de forma organizada, não é porque se conformam com o aviltamento do seu direito, com a doença, a fome e a morte de suas crianças; é porque cansaram de lutar, talvez – ou de viver. Precisam de alguém que proteste por elas, que aja por elas, com urgência. Precisam da sociedade toda. É inaceitável o silêncio, a omissão, quando se tem conhecimento de que há uma criança sem poder exercer sequer um dos direitos fundamentais mínimos, assegurados na Constituição e no ECA.

2 – PRIORIDADE ABSOLUTA E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Todo o conjunto normativo (incluindo os Documentos Internacionais) que trata da Proteção à infância, a Constituição Federal e o ECA consagram o princípio da prioridade absoluta em se tratando de atendimento a criança e adolescente.

Todavia, por incrível que possa parecer, ainda existe muita resistência por parte de administradores públicos e operadores do direito no sentido de reconhecer que esse princípio faz com que o atendimento à criança e ao adolescente tenha, efetivamente, primazia em relação a todos os demais empreendimentos do Estado. Ainda há quem entenda não ser a norma do artigo 227 da Constituição de aplicação imediata, mesmo existindo a Lei que regulamenta de forma detalhada a matéria (Lei nº 8.069/90 – ECA); há também os defensores da idéia segundo a qual essa prioridade absoluta não pode arranhar a vetusta discricionariedade administrativa, de sorte que, para estes, quem dita o que é prioritário não é o legislador, nem o Poder Judiciário, mas – sempre – o administrador.

Tais idéias, entretanto, vão fragorosamente de encontro ao espírito das normas que estabelecem o princípio.

Como já apontamos anteriormente, todas as normas que tratam da proteção à infância são tautológicas e pródigas em expressões que traduzem a necessidade de atendimento prioritário à infância. Só para ilustrar, o texto da *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90* menciona mais de vinte vezes o princípio da prioridade absoluta, com expressões como “prioridade”, “mais alta prioridade”, “obrigação primordial”, “meta prioritária”, “prioridade humana evidente”, “prioridade imediata”, “maior prioridade”, entre outras.

Mas essa marcante repetição deve ser vista como algo propositalmente direcionado a emprestar a seriedade que merece o tema. Lembre-se que semelhantes expressões também permeiam os textos dos outros Documentos Internacionais sobre a infância, da Constituição e do ECA.

Veja-se ainda que a Declaração em tela fala em “**princípio da prioridade imediata**”, deixando claro, portanto, que a proteção (integral) à infância deve ser, além de prioritária, urgente, rápida. Deflui daí não haver lugar para discussão sobre a natureza das normas constitucionais de proteção à infância no Brasil. Ora, se a consecução dos direitos fundamentais e sociais da criança e do adolescente deve ocorrer com prioridade absoluta e imediata em relação às outras matérias constitucionais, é lógico que tais normas não são programáticas ou de eficácia limitada; são de eficácia plena, sem dúvida.

O que está na Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90 sobre o direito à alimentação é mesmo chocante. Veja-se parte da redação:

“Havendo políticas corretas, ajustes institucionais adequados e prioridade política, o mundo está atualmente em condições de alimentar todas as suas crianças, e de

superar as piores formas de desnutrição, o que significa reduzir drasticamente as doenças que contribuem para a desnutrição, cortar pela metade a desnutrição protéico-energética, eliminar virtualmente os distúrbios devidos à deficiência de vitamina A e de iodo, e diminuir significativamente a anemia nutricional.”(grifou-se).

Diante disso, é evidente que o tão propalado “mérito” do ato administrativo deve ser tocado pelo Judiciário, sempre que o Administrador não usar da discricionariedade para garantir à criança o gozo de um direito fundamental. Deve o juiz, inclusive, determinar o bloqueio de valores dos cofres públicos, independentemente de previsão orçamentária, sempre que necessário para custear o exercício de direito fundamental em relação à infância (como saúde, alimentação, habitação etc.). É loucura sustentar-se o contrário, ou seja, que só o Administrador pode decidir em que aplicar o dinheiro público, mesmo que isso signifique utilizar o dinheiro de alimento ou medicamento das crianças para construir um campo de futebol ou uma estrada.

E veja-se que o espírito das normas de proteção à infância visa a fulminar de vez a velha desculpa da falta de verbas para a implementação das políticas de atendimento à criança e ao adolescente. Outra vez a *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90*:

“...essa ação e cooperação devem ser norteadas pelo princípio de “prioridade imediata para a criança” – um princípio que estabelece que as necessidades essenciais da criança devem receber **a mais alta prioridade na alocação de recursos, nos bons e nos maus momentos**, em níveis nacional, internacional e familiar.

...

Todos os esforços devem ser envidados para garantir a concretização desses programas, mesmo em tempos de austeridade econômica e ajustes estruturais” (destaque nosso).

Mas é da notável Promotora da Infância e Juventude de Porto Alegre, ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, a mais sábia lição sobre o significado das normas que tratam do princípio da prioridade absoluta. Atente-se para o que diz a brilhante jurista sobre o texto do artigo 227 da Constituição:

“O dispositivo fala por si só. É por demais explicativo, mormente para quem está imbuído do espírito da lei e dos critérios que devem nortear sua interpretação.

Exsurge com clareza, das considerações tecidas, não ser possível qualificar a norma insculpida no art. 227 da CF como sendo de eficácia contida (na classificação exemplar de José Afonso da Silva); nem como sendo “not self-executing”, na já superada taxionomia do direito americano.

A norma é clara, passível até de uma exegese meramente gramatical (aquela que exige do intérprete o mínimo esforço racional), embora seja recomendável avançar

no “iter” hermenêutico e se lançar mão dos métodos lógico e teleológico, quando, então, virão a lume os dispositivos dos art. 4º e 6º do ECA.

Partindo da premissa de que a norma do art. 227 da CF é de eficácia plena (distanciando-se em tudo daqueles que alguns insistem em catalogar como sendo de conteúdo meramente programático, cada vez mais raras em nosso ordenamento jurídico marcadamente positivado), temos que reconhecê-la, sim, como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público.

Pensar de outra maneira é converter o art. 227 e o microssistema do ECA em meras cartas de intenções, desvirtuando-os de seu sentido evolutivo, de sua virtual condução a uma utopia concreta³.

Em outro trecho, a Professora ANA MARIA MOREIRA MARCHE-SAN cita WILSON DONIZETTI LIBERATI:

“Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...).

Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção e doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante”⁴.

Endossamos de forma incondicional e integral a idéia dos ilustres autores acima referidos. De fato, não há outra interpretação para as normas dos artigos 227 da Constituição e 4º do ECA. Assim, exemplificativamente: há necessidade de reconstrução de uma ponte destruída por uma enchente. No mesmo município, falta um prédio para funcionamento da escola infantil. Ocorrendo que os recursos financeiros do município podem garantir a concretização de apenas uma dessas obras, é lógico que o dinheiro deverá ser empregado na construção da escola, embora o fluxo de uma estrada, por expressivo que seja, esteja interrompido por falta da ponte.

E não pode o administrador optar pela reconstrução da ponte, exatamente porque a discricionariedade administrativa sucumbe ante o princípio da prioridade absoluta.

³ Marchesan, Ana Maria Moreira. O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade Administrativa, *in* Revista do Ministério Público, nº 44, Porto Alegre, 2001, pp. 224/227.

⁴ *Idem*, p. 225.

3. CRIANÇAS E ADOLESCENTES NÃO CONSTITUEM FATOR REAL DE PODER

Vão-se quase duas décadas desde o início da vigência do Estatuto, e o que presenciamos ainda, tristemente, são milhões de crianças brasileiras sem direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, sofrendo discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Tal situação de menosprezo sistemático aos direitos dessa tão frágil e passiva população vem estampada de forma qualificada na história relatada no limiar deste texto. Aliás, para nossa entrevistada, não faria nenhuma diferença se a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente deixassem de existir!

Mas o Poder Público continua construindo pontes e estradas, muitas vezes com o dinheiro destinado à infância e adolescência (já que o princípio da prioridade absoluta só permite ao administrador aplicar verbas públicas em outra obra depois de satisfeitas as necessidades da infância).

E a sociedade não só se mantém omissa, como tenta, renhidamente, através de setores importantes, minar o sistema de proteção cristalizado no ECA, a pretexto de combate à impunidade, de defesa da liberdade e do patrimônio etc. Nesse passo, atente-se para a lição de ARNO VOGEL, da Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais:

“Uma coisa é certa, porém. A mancha do processo da implementação da Lei nº 8.069/90 tem sido, não apenas muito lenta, até mesmo para as expectativas mais modestas, mas também cheias de percalços e contratempos... vozes têm-se levantado contra o Estatuto, para criticá-lo duramente.

Argumentam, em geral, reconhecendo as suas virtudes enquanto dispositivo jurídico e carta de (boas) intenções, mas questionam a possibilidade de aplicá-lo à realidade brasileira, empreendimento que lhes parece franca e perigosamente utópico.

Diante do demônio, como o pintam, não vêem senão uma única saída – o recuo. Acreditam no retorno às práticas do modelo carcerário – repressivo – centralizador, embora ao preço de certas reformas, capazes de restaurar-lhe a eficácia perdida”⁵.

Com certeza, o ECA nada contém de utópico; trata-se de uma Lei que, lastreada na Constituição e Documentos Internacionais, obriga o Estado, a sociedade e a família a cuidar dos filhos. Lei desnecessária, portanto, se a sociedade e o Poder Público quisessem, de fato, cuidar do futuro do País.

⁵ Vogel, Arno. Do Estado ao Estatuto – Propostas e Vicissitudes da Política de Atendimento à Infância e adolescência no Brasil Contemporâneo. In A Arte de Governar Crianças, Rio de Janeiro, 1995, Editora Universitária Santa Úrsula – CESPI/USU, P. 325.

Todavia, mesmo com tanta determinação legal e constitucional tornando obrigatória e prioritária a proteção à infância, o que presenciamos é um cotidiano cheio de situações como o relatado pela nossa mãe entrevistada.

VALÉRIO BRONZEADO, dissertando sobre o princípio da prioridade absoluta no ECA, assim se manifesta:

“Apesar do status constitucional da garantia da ABSOLUTA PRIORIDADE – fato inédito na história constitucional do nosso País – continua “tudo como dantes no quartel de abranes”. O Estatuto da Infância não foi implantado por falta de prioridade, os Juizados e Curadorias estão desaparelhados, os investimentos em creche, pré-escola e ensino fundamental estão aquém do necessário, o Direito do Menor não figura nos programas de concursos jurídicos etc.”⁶

Falando especificamente sobre a condição da criança no Nordeste, o mestre continua:

“A criança é um ser extremamente vulnerável em razão de sua peculiar condição biológica. Assim, as doenças entéricas e respiratórias, em poucas horas, levam as crianças ao estado de coma e ao óbito. Porém, se receberem tratamento adequado, em pouco tempo recuperam-se. Todavia, o que vem ocorrendo no Nordeste brasileiro é um holocausto disfarçado, uma tragédia silenciosa. Porque, diferentemente do adulto, que tem muitos amigos para chorar e lamentar a sua morte, a criança de zero a cinco anos tem apenas a mãe ou talvez o pai para presenciar a sua tragédia. Daí tudo se processa na calada, sem a arruídos”⁷.

A mesma inquietação do jurista Promotor de Justiça foi o estopim que desencadeou a produção deste escrito a partir do patético depoimento mostrado.

Sem dúvida – é bom repetir –, a esfarrapada alegação da falta de verbas públicas continua operando eficazmente quando se debate a necessidade de investimento em favor da criança, restando inócuo todo o arcabouço jurídico universal erigido em favor de tão sublime causa.

E nem mesmo a mais plena democracia resolve o problema. No Rio Grande do Sul, com o advento do “Orçamento Participativo” e congêneres, é comum a sociedade exigir a construção das mesmas obras a que os administradores estavam acostumados a realizar, como pontes, estradas, ruas e prédios, nas mesmas cidades em que é comum a existência de crianças mendigando ou jogadas em instituições públicas sem o mínimo de estrutura.

⁶ Bronzeado, Valério. Notas Para Efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in* Revista do Ministério Público, n° 41, Porto Alegre, 2000, p. 210.

⁷ *Idem*, p. 211.

Constatou-se, há pouco tempo, em uma cidade do interior repleta de problemas relativos ao atendimento à infância, a construção (via consulta popular) de um ginásio de esportes, com dinheiro do Estado, a menos de cem metros de um dos maiores ginásios do interior.

Os dois portentosos ginásios estão lá, e nunca foram prioridade sobre qualquer coisa, muito menos absoluta. Mas as crianças continuam a perecer por “falta de verba pública”, apesar da abundante e ameaçadora legislação mencionada, que obriga o administrador a atender à criança e ao adolescente com “absoluta prioridade”.

Mas que fenômeno tão forte e fantasmagórico estaria impedindo o cumprimento desse vigoroso e abundante conjunto normativo que protege a infância no Brasil? Qual a razão de uma “prioridade absoluta” constar na Constituição de um país, em inúmeros Documentos Internacionais e em Lei Especial, para permanecer apenas no papel?

É LASSALLE quem responde, na Obra *A Essência da Constituição*:

“Podem os meus ouvintes plantar no seu quintal uma macieira e segurar no seu tronco um papel que diga: “Esta árvore é uma figueira”. Bastará esse papel para transformar em figueira o que é macieira? Não, naturalmente. E embora conseguissem que seus criados, vizinhos e conhecidos, por uma razão de solidariedade, confirmassem a inscrição existente na árvore de que o pé plantado era uma figueira, a planta continuaria sendo o que realmente era e, quando desse frutos, destruiriam estes a fábula, produzindo maçãs e não figos.

Igual acontece com as constituições.

De nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder”⁸.

Ao escrever assim, estava LASSALLE explicando que existem, na verdade, duas constituições: uma “real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra constituição escrita, a folha de papel”.

Esses fatores reais de poder são representados por certos setores influentes da sociedade, como, no século XIX, na Europa, a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia e os banqueiros.

Dizia o mestre LASSALLE que tais setores da sociedade constituíam cada um uma parte da constituição:

“Juntam-se esses fatores reais de poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel,

⁸ Lassalle, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, Rio de Janeiro, 1985, Editora Liber Juris Ltda., pp. 45/46.

não são simples fatores reais de poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido. Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os desta maneira em fatores jurídicos.

Está claro que não aparece neles a declaração que os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da constituição, ou que o banqueiro x é outro pedaço da mesma. Não, isto se define de outra maneira, mais limpa, mais diplomática”⁹.

Depois de lembrada essa magistral lição, fica fácil compreender por que são feitas estradas, calçamentos, pontes e prédios, enquanto a nossa mãe entrevistada apenas espera, com mórbida placidez, a morte dos filhos por falta de exercício de todos os direitos fundamentais já referidos.

Fica fácil compreender, ainda, por que se investe em obras como a construção de um ginásio de esportes a menos de cem metros de outro, enquanto, no mesmo município, tramitam inúmeras ações judiciais em busca de medicamentos para crianças doentes. A propósito, é extremamente grave o fato de já constituir rotina o ajuizamento de ações em que se buscam medicamentos para crianças. Se até mesmo isso é negado pela Administração Pública, imagine-se o que acontece com outros direitos, que em tese são menos urgentes?!

A ilustração de Lassalle também explica a extrema dificuldade que se tem na implementação dos direitos humanos de qualquer minoria, apesar de a Declaração Universal dos Direitos do Homem datar de mais de meio século. Importante, nesse ponto, o que disse BOBBIO:

“A quem pretende fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da segunda Guerra Mundial, aconselharia este salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si”¹⁰

Em relação às crianças, então, a situação se torna mais crítica, pois jamais essa categoria de população chegará a representar *fator real de poder*, de sorte que, se depender delas, o conjunto normativo que estabelece a “proteção integral”, com “absoluta prioridade”, continuará apenas como mera “folha de papel”.

⁹ Idem, pp. 19/20.

¹⁰ Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, 1992, Editora Campus, p. 45.

CONCLUSÕES

1 – A partir da vigência da atual Constituição Federal, adotou-se no Brasil, em relação aos direitos da criança e do adolescente, a teoria da proteção integral. Essa teoria não é genuinamente brasileira, mas foi aqui adotada em razão da imposição de normas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989) e a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90, entre outras.

2 – Todas essas normas internacionais estipulam que os direitos da criança e do adolescente devem ser garantidos integralmente e de forma prioritária. Daí constarem em seus textos expressões como “prioridade”, “mais alta prioridade”, “obrigação primordial”, “meta prioritária”, “prioridade humana evidente”, “prioridade imediata”, “maior prioridade” etc.

3 – Assim, a Constituição, no seu art. 227, nas mesmas circunstâncias em que relaciona todos os direitos que a criança e o adolescente devem gozar, adota expressamente a **teoria da proteção integral** e o **princípio da prioridade absoluta**.

4 – Logo, verifica-se facilmente que essa norma constitucional é de eficácia plena, devendo ser aplicada imediatamente, pois “prioridade imediata”, “absoluta” etc., não pode ser estabelecida em norma programática, não pode consistir em mero programa ou meta de governo. Entender diferente só pode ser ignorância ou descaso em relação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

5 – Na prática, entretanto, observa-se que os direitos da criança e do adolescente não são garantidos em sua integralidade, tampouco com prioridade absoluta. Caso contrário, não haveria no Brasil milhares de crianças e adolescentes privados do direito à saúde, fora da escola, sem gozar do direito à convivência familiar e comunitária, sem lazer etc.

6 – Nota-se que até mesmo os tribunais do País ainda negam a aplicação do princípio da prioridade absoluta, quer entendendo que a norma do art. 227 da Constituição é programática, de eficácia limitada, quer exigindo que os gastos com criança e adolescente sejam previstos em orçamento público. Tudo isso em equivocado respeito à chamada discricionariedade administrativa, que não pode preponderar diante do princípio da prioridade absoluta.

7 – É dever do administrador público programar todos os gastos do município através do orçamento. Entretanto, surgindo a necessidade de gasto para proteger os direitos da infância, e não havendo a respectiva previsão orçamentária, não se pode esperar para o próximo ano para a realização de

determinada obra ou serviço, sob pena de malferimento do princípio da prioridade absoluta. Se for imprescindível constarem na peça orçamentária todos os gastos com criança e adolescente, então não há por que se falar em prioridade, muito menos em prioridade absoluta.

8 – Por não representarem fator real de poder, crianças e adolescentes sempre dependerão de terceiros para que possam gozar seus direitos fundamentais. Portanto, mesmo submetendo o vasto rol de direitos da infância ao princípio da prioridade absoluta, a Constituição permanecerá como mera folha de papel, enquanto não se erguer alguma voz em defesa dessa causa.

REFERÊNCIAS

Afonso da Silva, José. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo, 2001, 5ª ed., Malheiros Editores.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Bicudo, Hélio. Direitos Humanos e Ordem Constitucional no Brasil, São Paulo, Editora Ática, 1987.

Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, 1992, Editora Campus. Bonavides, Paulo. A Constituição Aberta, São Paulo, 2ª ed., 1996, Malheiros Editores.

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social, São Paulo, 6ª ed., 1996, Malheiros Editores.

Bronzeado, Valério. “Notas Para Efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente”. Revista do Ministério Público, nº 41, Porto Alegre, 2000.

Chaves, Antônio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, Editora LTR, 1994.

Cury, Munir; Garrido, P./Marçura. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado, São Paulo, 2000, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição.

Del Priore, Mary (organ.) et. al. História das Crianças no Brasil, São Paulo, 1999, Editora Contexto.

Garcia Mendez, Emílio. Por uma Reflexão sobre o Arbítrio e o Garantismo na Jurisdição Socioeducativa, 2000, Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Konzen, Afonso Armando. “O Direito à Educação Escolar”. Encontros Pela Justiça na Educação, Brasília, 2001, FUNDESCOLA/MEC.

Lajolo, Marisa. “Infância de Papel e Tinta”. História Social da Infância no Brasil, Cortez Editora, 1997, organização de Marcos César de Freitas.

Marchesan, Ana Maria Moreira. “O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade Administrativa”. Revista do Ministério Público, nº 44, Porto Alegre, 2001.

Mazzilli, Hugo Nigro. O Acesso à Justiça e o Ministério Público, Porto Alegre, Série Estudos MP, Vol. 2, Editora ESMP.

Pereira, Tânia. “A Doutrina da Proteção Integral e o Estatuto”. Direito da Criança e do Adolescente, Editora Renovar.

Rizzini, Irene. A Arte de Governar Crianças, Rio de Janeiro, 1995, Editora universitária Santa Úrsula – CESPI/USU.

_____. O Século Perdido – Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil, Rio de Janeiro, 1997, Editora Universitária Santa Úrsula – CESPI/USU.

_____ et. al. Olhares Sobre a Criança no Brasil – Séculos XIX e XX, Rio de Janeiro, 1997, Editora Universitária Santa Úrsula – CESPI/USU.

Ruschel, Ruy Ruben. Direito Constitucional em Tempos de Crise, Porto Alegre, 1ª ed., 1997, Sagra Luzzato Editores.

Saraiva, João Batista Costa. Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas, Porto alegre, 1999, Livraria do advogado Editora.

Sarlet, Ingo Wolfgang (organizador) et. al. A Constituição Concretizada, Porto Alegre, 2000, Editora Livraria do Advogado.

_____. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, 2001, Editora Livraria do Advogado.

Streck, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, Porto Alegre, 2001, Editora Livraria do Advogado.

Trindade, Jorge. Delinqüência Juvenil, 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 1996.

Vogel, Arno. “Do Estado ao Estatuto – Propostas e Vicissitudes da Política de Atendimento à Infância e Adolescência no Brasil Contemporâneo”. A Arte de Governar Crianças, Rio de Janeiro, 1995, Editora universitária Santa Úrsula – CESPI/USU.