

O sentido do *dever* e o direito da criança e do adolescente

ÉDISON PRADO DE ANDRADE¹

RESUMO

O estudo visa esclarecer e aprofundar conceitos, alcance e dificuldades encontradas quanto ao sentido do dever dos atores co-obrigados nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil e da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a assegurar e efetivar o direito da criança e do adolescente. Em razão do comando nestes diplomas normativos, a Família, o Estado e a Sociedade precisam ter claro no escopo de suas funções os seus papéis específicos, como forma de orientarem-se mutuamente com vistas ao fim. Delimitar o sentido da obrigação de cada uma destas instituições constitui-se na tarefa à qual se propõe o autor do texto com uma visão propositiva e crítica sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas, Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Família, Estado, Sociedade.

ABSTRACT

The study aims to clarify and deepen concepts, reach and difficulties regarding the meaning of the duty of actors co-obliged under the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Law 8069/09 (Statute of Children and Adolescents). Due to the command of these normative acts regarding the attendance policy for the rights of children and adolescents, they are co-bounded to ensure the enforcement of fundamental rights and the other provided by law, the Family, the State and the Society. Define the sense of obligation to each of those political and social institutions is a task in which the author of the text proposes, with a proactive and critical view about the subject.

KEYWORDS: Public Policies, Constitution of Federative Republic of Brazil, Statute of Children and Adolescents, Family, State, Society.

¹ Mestre e doutorando pela Faculdade de Educação da USP sob a orientação do Professor Roberto da Silva; Advogado; professor de Direito em cursos de graduação e pós-graduação; servidor público federal lotado na Secretaria Nacional de Assistência Social.

O artigo n.º 227 da Constituição da República Federativa do Brasil enuncia ser dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.² Gramaticamente o dispositivo constitucional é cristalino ao enunciar os co-obrigados a assegurar direitos subjetivos das crianças e dos adolescentes, e a colocá-los a salvo de ações e omissões que ponham em risco a sua integridade física, mental, moral e espiritual. Entretanto, do ponto de vista operacional mostra-se genérico e abstrato quanto ao sentido do dever específico e delimitado da Família, do Estado e da Sociedade, inclusive na relação de reciprocidade que se dá entre eles.

A Lei 8069/1990 (ECA), em seu art.4.º, parece querer trazer luz ao dispositivo constitucional: (i) complementando o sentido de *assegurar* – assegurar a *efetivação* dos direitos –; (ii) delimitando o contexto geográfico imediato e mediato do dever social, respectivamente *a comunidade e a sociedade em geral*; (iii) dando nova designação ao Estado, a saber, *Poder Público*.³

No que concerne ao direito da criança e do adolescente em sua dimensão familiar, o Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua três espécies de entidades, ou comunidades familiares. A *família natural* consiste na comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. A *família ampliada* constitui-se por aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade

e afetividade. O terceiro modelo familiar, o qual não é conceituado como os demais pela lei, é denominado de *família substituta*. É composta por indivíduos ou unidades de convivência estável, matrimonial ou não que, excluídas as hipóteses da família natural ou ampliada, recebem em seu seio criança ou adolescente por meio de adoção, ou em regime de guarda ou tutela.

Por meio de normas emanadas do Poder Judiciário o sentido de família alargou-se ao seu sentido mais abrangente possível. Como sua evidência, o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Republicana e do Estado democrático de direito no Brasil – em manifesta interpretação inconstitucional do art. 226, § 3º da Constituição Republicana afirmou ter qualidade de união estável a convivência homossexual, viabilizando assim não apenas a justa partilha dos bens amealhados na constância da união, mas também espécie de união análoga ao matrimônio.

A decisão pretensamente soberana do órgão judiciário, inevitavelmente acabará por redundar em direito ao reconhecimento dos homossexuais como entidade familiar, em seus aspectos político, social e jurídico. Cumpre lembrar que em razão dos impedimentos biológicos óbvios, o reconhecimento social pleno dessa especial situação análoga à família somente poderá dar-se por meio de adoção, guarda ou tutela, pelo relacionamento sexual extra-união ou, ainda, por intermédio da fertilização artificial com o uso de embrião gerado com a participação de terceiros ou pelo útero cedido ou alugado por terceiros.

Nesse contexto legal, esperando ter sido evidenciado o imbróglio existente quanto ao *sentido do dever* da Família, da Sociedade e do Estado no efetivar o direito da criança e do adolescente no Brasil, inclusive por meio de pôr a salvo estas pessoas em condição peculiar de toda e qualquer forma de comportamento danoso ao seu desenvolvimento ou à sua integridade física ou moral, pretende-se propor uma tentativa de delimitar os deveres de cada um dos agrupamentos capazes de viabilizar a vida e o bem-estar de crianças e adolescentes.

2 A Emenda Constitucional n.º 65 de 2010 alterou diversos dispositivos do artigo 227 da Constituição Federal por meio da inclusão do jovem entre os beneficiários dos direitos subjetivos elencados.

3 Poder público traz uma conceituação fluida que é dificilmente esclarecida na doutrina administrativista. Pode referir-se aos poderes de Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), entes políticos dos quais emanam as normas e os controles sociais, inclusive os controles sobre o próprio Estado; e pode referir-se também à Administração Pública, essa por meio da qual os entes políticos viabilizam e efetivam suas normas e controles no escopo do interesse e a finalidade pública. A julgar pelo dispositivo constitucional, Poder Público deve ser interpretado em seu sentido lato, referindo-se aos poderes (ou funções) de Estado e à Administração Pública privativa de cada um dos poderes da República.

O DEVER DA FAMÍLIA

O dever da família assume um duplo sentido: negativo e positivo. No primeiro, incumbe aos pais ou responsáveis não maltratar, não negligenciar, e não praticar abusos de qualquer ordem contra as crianças e adolescentes sob seu poder familiar, guarda ou tutela, bem como assegurar que outros não os pratiquem. No sentido positivo do dever, está a família obrigada a prover todos os recursos ao seu alcance para que as crianças ou adolescentes sob sua responsabilidade descubram seus potenciais individuais, e alcancem resultados satisfatórios em razão do uso social dessas potencialidades. Ainda, obriga a sociedade em geral, o Estado, e as comunidades em seus mais diversos matizes, a refletir sobre o contexto familiar necessário para garantir e promover os direitos fundamentais.

Cumprir lembrar, que em razão da capacidade emancipatória que o processo educacional traz, a educação formal, informal, familiar e comunitária encontra-se eivada de importância peculiar (Liberati, 2004, p. 330).

O DEVER DO ESTADO

Norberto Bobbio (2000, p.112,113), demonstra que ao Estado Social cabe assumir duplo papel: positivo, direito promocional; negativo, direito protetor-repressor:

[...] Como pude afirmar nas mais diversas ocasiões, a passagem do Estado liberal para o Estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez sempre mais promocional.[...] De qualquer modo: grande ou pequeno que seja a função positiva do Estado (não só impedir mas também promover, não só proteger, mas também exigir), a verdade é que já não basta a justiça comutativa[...] que consiste em fazer corresponder ao bem (ou ao mal), realizando um bem (ou mal) igual e contrário com base no critério da igualdade aritmética. Para que uma sociedade qualquer permaneça reunida é preciso que se introduza também algum critério de justiça distributiva. Aqui, como todos sabem, começam as dificuldades. Distribuir: mas com qual critério? O debate atual sobre o Estado social nasce da divergência de respostas a esta simples pergunta.

“ Por meio de normas emanadas do Poder Judiciário o sentido de família alargou-se ao seu sentido mais abrangente possível. ”

Fundamentado nos diplomas internacionais de direitos humanos aos quais subscreveu, os quais tratam do princípio da proteção integral, o Estado brasileiro efetivou no plano normativo seu compromisso com a comunidade internacional e nacional, assegurando formalmente a sua aplicação por meio de políticas públicas em respeito ao Estado de Direito e ao Princípio da Legalidade⁴. Além disso, em razão da sua própria natureza intrínseca é da sua competência editar atos de natureza meramente administrativa que dizem respeito à sua função atípica, bem como atos de conteúdo social,

Segue-se à normatização legislativa, a edição de outras normas estatais que deverão ser editadas pelo Poder Executivo na forma de decretos, portarias, instruções normativas e outros atos administrativos. Tais normas visam a efetivar e materializar os direitos assegurados no plano normativo contra tudo e contra todos, e assumem feição garantidora (sistema de garantia de direitos), ou feição provedora (sistema de promoção dos direitos da criança e do adolescente).

Quanto ao Poder Judiciário entendo ser seu dever o exercício de sua função típica jurisdicional de modo a efetivar a principiologia e a normatização que diga respeito ao princípio da prioridade absoluta do direito da criança e do adolescente. Se absolutamente necessário, comprovado com o passar do tempo a inércia do Poder Público e o prejuízo individual e coletivo trazido em decorrência da improbidade da

⁴ Conforme dispõe na condição de cláusula imodificável no pacto federativo republicano brasileiro, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei. Quanto ao Estado, vige o Princípio da Reserva Legal, segundo o qual os poderes públicos somente podem agir, inclusive promovendo políticas públicas, caso exista lei autorizadora sobre a matéria.

Administração Pública Direta ou Indireta, deverão ser anulados atos de conteúdo discricionários e, se o caso, proferir e executar decisões que venham a constranger os administradores eleitos a cumprir sua função constitucional. Nesse sentido, as decisões que têm se consolidado na jurisprudência de muitos tribunais, para que o Poder Executivo disponibilize no orçamento público anual recursos para a oferta de medicamentos à população em geral, mesmo que por meio de créditos adicionais.

A normatização seria inócua, “letra morta” como se diz corriqueiramente, caso não se desenvolvessem políticas e ações concretas com vistas à sua efetivação. Na busca, o poder executivo assume papel protagonista, não apenas na prestação de serviços públicos em atendimento à política normatizada, mas também no fomento, em suas diversas formas legais, à iniciativa privada, com ou sem finalidade lucrativa. É de se esperar que os demais poderes exerçam também um papel na política de atendimento que transcendam às suas funções típicas. Como exemplo, podemos citar as ações de parceria entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, e o Poder Executivo, ainda claudicantes e localizadas, e quase que totalmente dependentes da visão e do esforço de juízes e membros do Ministério Público heróicos, comprometidos pessoalmente com a missão e o anseio por uma Justiça diferente e mais eficaz em seus resultados.

O DEVER DA SOCIEDADE

Precisar o dever da sociedade em termos de assegurar e efetivar o direito da criança e do adolescente requer um olhar tridimensional.

Em um sentido amplo o Estado moderno constitui-se como um sistema político que é, com respeito ao sistema social, um subsistema (Idem, p.62). Isso implica em reconhecer que a sociedade está no Estado e vice-versa. Quando o Estado age no exercício de qualquer de seus papéis de Direito, (protetor-repressivo e promocional), está também a sociedade a agir e a fazer, ainda que represente predominantemente os interesses dos grupos melhor articulados politicamente. Quando a sociedade age de forma organizada com vistas ao cumprimento de

sua finalidade social, buscando o lucro ou não, está nela compreendido o sistema político estatal em seus papéis de regulação, controle e fomento. Referindo-se a este fenômeno em seu contexto histórico Bobbio:

[...] Pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado à parte. Se o curso da humanidade desenrolou-se até então das sociedades menores (como a família) ao Estado, agora finalmente – de um lado com a descoberta das leis econômicas que permitem ao homem uma convivência harmoniosa com uma necessidade mínima de aparato coativo e, portanto de poder político, de outro com o desenvolvimento da organização industrial mantida pelos cientistas e pelos próprios industriais que de agora em diante renunciarão à espada de César – passará a se desenrolar através de um processo inverso que vai do Estado opressivo à sociedade liberada (1987, p.61-62).

Em sentido médio encontra-se a *sociedade em geral*, conforme a denominação já referida na Lei 8069/1990, que deve ser compreendida como um subsistema social abrangente e complexo, constituído por meio da organização das pessoas naturais na forma de pessoas físicas ou jurídicas, e regidas segundo princípios, valores e regras próprias. Em razão do princípio fundamental do Estado de Direito, (ver nota n.º 3), não pode ser constrangida a contribuir para a efetivação de qualquer direito, exceto em duas hipóteses: (i) quando a lei lhe impõe alguma obrigação, como no caso das contribuições sociais devidas ao sistema da seguridade social; (ii) quando estabelece formalmente com o poder público obrigações de gerir ou executar determinada atividade por meio de convênios, contratos administrativos, contratos de gestão, e termos de parceria, dentre outros.

Finalmente, a *comunidade*, que do ponto de vista sociológico aparece como a sociedade em seu sentido mais restritivo, e que pode ser conceituada como um conjunto de pessoas com interesses mútuos que vivem no mesmo local e se organizam sob um conjunto de normas, as quais podem ser autônomas ou heterônomas. No contexto social brasileiro, parece mais do que evidente a normatização totalizadora do Estado em relação às comunidades, restando-lhe pouco

espaço para sua auto-organização. Nesse escopo, também a família deve ser considerada como forma de comunidade com a função precípua da socialização primária das crianças.

Concluindo, evidencia-se que o dever da sociedade não computa todos os deveres estabelecidos constitucional e infraconstitucionalmente na república brasileira, compreende a sociedade política estatal, as organizações públicas e privadas com ou sem finalidade lucrativa, bem como as mais diversas comunidades na qual se encontre em seu universo de relações humanas e sociais, crianças e adolescentes.

No que diz respeito à sociedade política cabe o que dissemos quanto ao Estado. Entretanto, no que diz respeito à sociedade em seus sentidos geral e restritivo, o *dever* configura-se em um caráter nitidamente obrigatório por força de lei ou de contrato no primeiro caso, e em certo momento transfigura-se na feição do *querer*, ou na feição *solidariedade*, como tem sido cunhado sociologicamente, e alguns a reconhecem como mero efeito de poder (Demo, 2002).

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Édison Prado de. **Eficácia e efetividade das políticas públicas em face do novo Direito da Criança e do Adolescente**. (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade Padre Anchieta: Jundiaí, SP.
- ÁVILA, Célia. **Gestão de Projetos Sociais**. 2ª Ed., São Paulo: AAPCS, 2000.
- BARBOSA, Maria Nazaré Lins. **A experiência dos Termos de Parceria entre o poder público e as OSCIPs**. Publicação eletrônica (Mensagem Pessoal recebida em ediadv@uol.com em abril de 2005).
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. 7ª. Ed., São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- _____. **A Era dos Direitos**. 13ª. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. **Liberalismo e Democracia**. 6ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- _____. **O Futuro da Democracia**. 7ª. Ed., São Paulo: Paz e Terra.
- BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: Eficácia e Aciionabilidade à Luz da Constituição de 1998**. Curitiba: Juruá, 2005.
- DEMO, Pedro. **Solidariedade como efeito de poder**. São Paulo: Cortez; Instituto Paulo Freire, 2002.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- LIBERATI, Wilson Donizetti. **Direito à Educação: Uma Questão de Justiça**. São Paulo, Malheiros, 2004.
- _____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7ª. Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003.
- LUCKMANN, Thomas; BERGER, Peter L. **A Construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento**. 5ª. Ed., Petrópolis: Vozes, 1983.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e a discricionariedade administrativa**.
- MARSHALL, T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª. Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Roberto da. **Direito à Educação: da sala de aula aos tribunais**. São Paulo, 2005.