



## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE ENQUANTO UM MICROSSISTEMA PRINCIPIOLÓGICO DE PROTEÇÃO: LIMITAÇÕES E PERSPECTIVAS

*Rosane Teresinha Carvalho Porto<sup>1</sup>*

*Rodrigo Cristiano Diehl<sup>2</sup>*

### RESUMO

O intuito com o presente artigo é realizar um estudo com base nos direitos fundamentais da criança e do adolescente enquanto um microssistema principiológico de proteção a partir de suas limitações e perspectivas. Nesse contexto, debruça-se no primeiro capítulo sobre a realidade social e o ordenamento jurídico classificado como um sistema de interseções. Na sequência, o segundo capítulo é utilizado para construir uma ponte entre a Lei nº. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) enquanto um microssistema principiológico de proteção e garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Desse modo, para a sua correta construção utilizou-se o método hipotético-dedutivo, baseado em levantamento bibliográfico.

**Palavras-chave:** Crianças e adolescentes; direitos fundamentais; microssistema; proteção.

### ABSTRACT

The intention with this article is to carry out a study based on the child's fundamental rights and adolescents while a principle micro system protection from its limitations and prospects. In this context, focuses on the first chapter on the social reality and the law classified as a intersections system. In sequence, the second chapter is used to build a bridge between the Law no. 8.069/90 (Statute of Children and Adolescents) while a principle micro system protection and guarantee of fundamental rights of children and adolescents. Thus, for its correct construction we used the hypothetical-deductive method, based on literature.

**Keywords:** Children and adolescents; fundamental rights; micro system; protection.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela UNISC. Mestre em Direito, área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Policial Militar. Professora de Direito da Infância e da Juventude, na UNISC. Integrante do Grupo Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa. Conciliadora lotada no Núcleo de Conciliação e Mediação em Santa Cruz do Sul. Possui Curso de Facilitadores em Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz-AJURIS (2013) e Instituto Latino Americano de Práticas Restaurativas. E-mail: rosaneporto@unisc.br

<sup>2</sup> Pós-Graduando (lato sensu) em Direito Constitucional e Administrativo pela Escola Paulista de Direito - EDP. Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante dos grupos de pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas (Campus Santa Cruz do Sul - RS e Campus Soderadinho - RS); Direito Humanos; A Decisão Jurídica a Partir do Normativismo e suas Interlocações Críticas, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Bolsista de Iniciação Científica da FAPERGS, coordenado pela Pós-Dra. Marli M. M. da Costa. E-mail: rodrigocristianodiehl@live.com

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mais precisamente a imersão interpretativa dos princípios constitucionais nas legislações codificadas, enfatizando nessa exposição o Código Civil, atualmente admite-se a ruptura da dicotomia do Direito Público e Direito Privado, até por conta do que já fora mencionado, dos princípios constitucionais e dos microssistemas jurídicos, como o Código de Defesa do Consumidor -, Lei 8078/90 e o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90. O Código Civil de 1916, não dava conta das demandas sociais, sendo a interpretação a época muito atrelada a literalidade da lei, deixando a Carta política de lado.

Com o reconhecimento a importância da Constituição cidadã nas relações humanas e jurídicas, o aparecimento dos microssistemas representou uma significativa transformação interpretativa enquanto paradigma social e jurídico. O que não significa dizer, que os microssistemas estejam isolados e exerçam plenamente autonomia, sem poder dialogar e conectar-se entre eles, com a Constituição Federal e com o próprio Direito Civil, modificado a partir de 2002, a luz principiológica.

A título de exemplo, e de melhores esclarecimentos aos leitores, tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, legislação esta, que trata da condição peculiar ou sociojurídica das crianças e dos adolescentes, pela deliberação constitucional, segundo os artigos 227 e 228 do mencionado diploma legal. A legislação especial pautada pelo metaprincípio prioridade absoluta e o princípio da proteção integral, recepcionam os direitos fundamentais dos infante-juvenis e referenciam institutos como o poder familiar, adoção, dano moral também tratados no direito civil, o que demonstra a integração desse microssistema com o Código Civil, exigindo uma leitura principiológica, baseando-se na especialidade e no melhor interesse da criança e do adolescente.

Por conta disso, propõe-se com o artigo no primeiro tópico uma reflexão a partir acerca da teoria dos princípios constitucionais de Alexy, distinguindo princípios e regras, para no segundo tópico adentrar no microssistema estatutário: Estatuto da Criança e do Adolescente, reportando-se ao recorte histórico sobre a concepção sociojurídica de criança e adolescente, bem como os principais princípios

norteadores da legislação que são: princípio da prioridade absoluta, princípio da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança, o que não afasta os demais princípios mencionados no artigo 100 do referido dispositivo legal.

Sendo assim, no segundo tópico tratar-se-á do dano ilícito comunicativo infanto-juvenil com a finalidade de demonstrar a correlação entre os microssistemas que tratam de pontos nodais e que muito embora, estejam em um sistema esparso e independente comunicam-se pela transmissão axiológica e normativa dos princípios constitucionais.

Desse modo, para a construção do presente feito utiliza-se o método hipotético dedutivo como metodologia de abordagem, ao passo que a pesquisa desenvolver-se-á a partir de preposições hipotéticas que se acredita serem viáveis. Já no que se refere às técnicas utilizadas, o aprofundamento do estudo será construído com base em pesquisa bibliográfica, como por exemplo, livro, artigos científicos, revistas e períodos qualificados dentro da temática proposta.

## **1. A REALIDADE SOCIAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO NUM SISTEMA DE INTERSECÇÕES**

Surgem tendências em direção a perda tradicional e conservadora da imagem do direito como sagrado e inquestionável, Bobbio (2007) também se vale da análise funcional para repensar a operacionalidade desse direito dentro da sociedade crítica, que não pode conceber funções negativas, reconhecendo apenas disfunções ou defeitos que podem ser reconhecidas no âmbito do sistema. Prossegue pontuando que o direito atua por meio de normas gerais e abstratas, que se adaptam mal à complexidade entorno aos casos concretos. Nesse sentido, o que o direito consegue obter em relação à conservação quanto a mudança é obtido por meio do aparato coativo ou na perpetuação da violência institucional e legitimada da força.

Avançando a análise das funções privativas de ordem econômica está a concepção negativa da ingerência do Estado, o que nos tempos atuais está se modificando esse cenário, trazendo a baila a Constituição de 1988, que preceitua, por exemplo, o direito de propriedade vinculado a função social, ao bem comum ou da coletividade. Ao encontro disso, enquanto desconstituição da imagem sagrada do direito tem-se a função promocional do direito que supera a discussão pelo direito de

comportamentos desejáveis e remove para comportamentos indesejáveis; destaca-se que esse fenômeno pode ser analisado a partir da análise ou deslocamento do estudo do direito da estrutura à função, implicando uma análise da palavra função, lembrando que as perspectivas sob o ponto de vista dos governantes é distinta da dos governados, muito embora, ambas compatíveis (BOBBIO, 2007).

Segundo Bobbio (1992), a importância fundamental que assume, em qualquer teoria do direito, a distinção entre direito privado e direito público reside, precisamente no fato de que a ela são referidas e com ela são explicadas as duas principais funções tradicionalmente atribuídas a um ordenamento jurídico: a função de permitir a coexistência de interesses individuais divergentes, por meio de regras que devem servir para tornar menos frequentes e menos ásperos os conflitos, e outras regras que devem servir para solucioná-los depois que eles surgiram; e a função de direcionar interesses divergentes no sentido de um objetivo comum por meio de regras imperativas e geralmente restritivas. Em relação à distinção entre função de repressão e de promoção, Bobbio (1992) entende que a intervenção do sistema normativo na esfera dos comportamentos indiferentes pode ser interpretada como pertencente tanto à primeira, se olharmos para a pretensão do ordenamento de que somente alguns atos sejam válidos, isto é, juridicamente eficazes, quanto à segunda, se olharmos para a tutela que o ordenamento jurídico está disposto a conceder apenas a estes, e não a outros.

Considerando a obra de Bobbio (2007), repensar a função do direito sob a perspectiva promocional de direitos, independentemente de dicotomias, que nas sociedades modernas, pelo esvaziamento desses núcleos que isoladamente não contemplam o interesse público na perspectiva dos indivíduos.

Corroborando, em termos reflexão, Morin (2001) acredita na necessidade de uma reforma do pensamento, e, portanto de uma reforma do ensino. Aproveitou diversas oportunidades para refletir sobre o desenvolvimento do pensamento complexo e a fragmentação do conhecimento, por meio do ensino transdisciplinar, capaz de formar cidadãos planetários, solidários e éticos, aptos a enfrentar os desafios contemporâneos. Nesse sentido, se entende que a missão do ensino não é simplesmente transmitir o saber, mas desenvolver uma cultura de condição humana ligada a noção do sujeito que o auxilie a viver e exercitar um pensar aberto e livre; por isso a nova reorganização do pensamento.

Prima-se como ponto nodal a norma constitucional, para que o jurista ou interprete também considere o caso concreto, contemplando os princípios constitucionais, em especial o princípio da equidade e da razoabilidade. Além disso, é preciso observar a ordem social, que se sustenta com a lógica de ser e ter. No ser, está como centro o interesse individual, a garantia de coexistência do sujeito dada pela compreensão e práxis do direito - dever. Por outro lado, na concepção de ter é forte a presença da abordagem econômica e produtiva que implica no aspecto patrimonial e mercantil da organização social e na vida das pessoas.

Também se reconhece a importância da democracia e da solidariedade humana e social para consolidação dos valores de justiça social em respeito ainda, a dignidade da pessoa humana, aos interesses coletivos, bem como a diversidade de um sistema plural que são os ordenamentos jurídicos das sociedades que os têm como referencial. Por isso, ao interpretá-los, com todo o olhar na complexidade, a busca pelo entendimento precisa se dar de maneira integrativa e não afrontando as subjetividades dos sujeitos que acreditam nas suas leis como garantidora da ordem e dos direitos fundamentais.

Ao encontro disso, o debate travado se dá nas distinções de direito privado e do direito público, observando todas as categorias do direito que precisam ser questionadas para o desenvolvimento de um exercício hermenêutico, que não pode estar preso a lógicas postas do direito em um papel exclusivamente de controle e regulador, mas que precisa sim, fomentar a capacidade dos cidadãos bem como dos próprios operadores jurídicos (por exemplo, os próprios juízes) em construir um caminho ou estratégias de emancipação social (PERLINGIERI, 2008).

Com os pressupostos históricos da ideia de Estado e do Direito Público, sob a égide da Teoria da Argumentação, o autor demonstra em seu texto a existência de uma pluralidade de argumentos nas questões mais importantes ao Direito Público e a conseqüente necessidade de uma metodologia adequada para limitar a subjetividade do julgador e do administrador na aplicação dele ao caso concreto, devendo ser o instrumento da garantia pelo Estado dos direitos fundamentais positivos ou negativos (ARAGÃO, 2010).

Dada a evolução liberal do Estado, vinculada a imagem de um Estado cada vez mais garantidor não delimitando os direitos fundamentais, bem como aproximando a concepção européia de interesse público daquela anglo-saxônica, tem-se observado que o interesse público e os interesses dos cidadãos estão sendo

reconhecidos como princípio reciprocamente identificáveis, isto é, não mais antagônicos.

Como aduz Aragão (2010, p. 34) “não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares envolvidos”, pois a tarefa de regulação do Estado é bem mais ampla do que a formulação de uma “supremacia do interesse público”. Segundo decisões jurisprudenciais que orbitam no sistema brasileiro, o interesse privado e o interesse público estão instituídos pela Constituição que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Reconhece-se ainda, que estas esferas de conflitos, não denotam do mesmo significado, mas não estão em conflitos entre si.

Para o enfrentamento de interesses a teoria argumentativa, não arraigada exclusivamente na institucionalização hierárquica da norma, pode prestar enquanto método de interpretação e aplicação ao caso concreto, o princípio da ponderação, desde que não sirva para invocar os valores metajurídicos – por exemplo segurança nacional, terrorismo, e sim que torne plausível qualquer decisão ao cidadão, desviando a excessiva subjetividade (ARAGÃO, 2010).

Por conta disso, que a hermenêutica tem se preocupado com a necessidade de que os argumentos jurídicos ligados diretamente ao texto da regra específica a ser aplicada devem prevalecer sobre os argumentos metajurídicos ou mais genéricos e subjetivos, como apenas a invocação do “interesse público”. Nesse sentido, o que se busca é a efetivação de uma argumentação permitida pelo ordenamento jurídico, intersubjetivamente controlável, ínsitas ao Estado Democrático de Direito.

Questiona-se o paradigma tradicional do direito administrativo, expresso na existência de uma supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O autor inicia a sua reflexão referindo-se que o Estado ainda é protagonista, embora tenha perdido “a densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização”. Em um segundo momento, aborda a assertiva que a constitucionalização do direito infraconstitucional não se confunde com a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas expressa a reinterpretção dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional (BARROSO, 2010).

Para ele, toda a interpretação jurídica é também interpretação constitucional, pois qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Um convite a revistar o dogma tradicional da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Trabalha o sentido do interesse público no direito contemporâneo, discorrendo a noção de interesse público pela distinção fundamental e pouco explorado, que o divide em primário e secundário. Nas suas palavras: “O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte de uma determinada relação jurídica” (BARROSO, 2010).

Segundo o autor o Estado de direito democrático é assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição e a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Prossegue a preposição dizendo: “se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há qualquer dúvida”. Ao final de seu trabalho faz referência do princípio da dignidade humana enquanto parâmetro fundamental para solucionar tipos de colisões oriundas de conflito de interesses dos cidadãos e do Estado (BARROSO, 2010).

No primeiro quarto do século XX, e em que pese a recenticidade da edição do Código Civil Brasileiro, já se ressentia a sociedade de uma maior intervenção do Estado nas relações interprivadas, que, há pouco ganhara diploma maior. Desse modo surgem as legislações dispostas a regular especificadamente determinados ramos das relações interprivadas, fenômeno também denominado de microssistemas (REIS; FISCHER; MOLLER, 2007).

Já na edição de leis que compreendiam os microssistemas, a orbitarem ao redor do Código Civil, maior expressão do direito privado, começam a ser notada uma postura diversa do Estado com relação as relações interprivadas. O Estado, obviamente pressionado pelo fenômeno social, que em última análise produz o direito normativo, acaba editando legislações, hoje compreendidas como microssistemas, que mitigam a condição de igualdade contratual entre particulares (REIS; FISCHER; MOLLER, 2007).

Os microssistemas, ou legislações microsistemáticas, reconhecem a ocorrência de uma disfunção material (desigualdade) entre as partes das relação

jurídica de direito material, e assim, havendo interesse estatal (público) de que tais relações fossem mais equilibradas, as regula reconhecendo as desigualdades, mesmo que de forma incipiente, para assim alcançar maior equilíbrio (justiça) nas lides de direito material. Esta interferência Estatal positiva sobre o direito privado é conhecida como fenômeno de Publicização do Direito Privado, que, ao terceiro quarto do século XX, ganha um novo elemento teórico potencializante. Trata-se da teorização sobre a força normativa da Constituição. Por sua vez, ela contempla a quebra de paradigma, na medida em que a Constituição passa, ao menos no campo teórico, e, a partir de então, de mero pedaço de papel, ou programa político, para alçar status de norma jurídica, e, como tal, composta de eficácia jurídica (REIS; FISCHER; MOLLER, 2007).

Esses novos elementos, publicização do direito privado e força normativa da Constituição, transmudam o caráter eminentemente privado do Direito Civil. Agora, com a adição destes novos elementos, há uma visível mitigação do fenômeno dicotomal, que estancava qualquer correlação entre o Direito Privado e o Direito Público, ou seja, as fronteiras existentes entre um e outro, mormente do Direito Privado que passam a ruir, o que acabará implicando em uma nova forma de visualização e compreensão do fenômeno jurídico que a partir da Revolução Francesa mostrou-se sectário, ao dividir o Direito por dois grandes adjetivos (REIS; FISCHER; MOLLER, 2007).

A falibilidade do modelo enciclopédico, que reforçava a ideia existencial de dois grandes ramos do direito (público e privado) reclama o ingresso de novas e mais flexíveis fontes normativas. A primeira a manifestar-se está em grau hierárquico idêntico ao Código Civil, pois consubstancia-se nos Estatutos ou Leis Especiais que formam os microssistemas, concebidos a partir do incipiente fenômeno da publicização do Direito Privado. Note-se que o fato de que Códigos e Estatutos e Leis Especiais, terem o mesmo *status* normativo, não significa dizer que estes dois últimos, não sejam novas fontes normativas, ou fontes normativas contemporâneas, visto que trata-se apenas de um aparente antagonismo, pois não é *status* de lei ordinária que impinge a condição de fonte tradicional ou contemporânea, mas sim a condição de fenômeno da Publicização do Direito Privado, que subjaz nos Estatutos e nas Leis Especiais, que concede a estes a condição de novas fontes normativas do Direito Privado (REIS; FISCHER; MOLLER, 2007).



Sucedem aos Estatutos e Leis Especiais, a própria Constituição. Também consideram-se as fontes normativas de direito público externo consubstanciadas em Tratados ou Convenções Internacionais. Tem-se como exemplos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração internacional da Criança e do Adolescente, emanada pela ONU, entidade internacional de característica supra-estatal, que a partir de uma concepção nitidamente jusracionalista edita normas com pretensões universalizantes, as quais direta ou indiretamente, aderem Estados Nacionais, como o Brasil.

O Direito Privado, se é que ainda existe na sua maneira conceptiva (Revolução Francesa), encontra hodiernamente uma pluralidade de fontes normativas, que retiram-no da condição de um sistema fechado para condição de sistema aberto, por conta da pluralidade de fontes normativas que a compõe. A pluralidade de fontes normativas do Direito Privado Contemporâneo libera de imediato a compreensão de que as interações fenomenológicas podem ser numerosas, a interação mais reconhecida, pragmaticamente, entre o Direito Privado e Direito Público, seja aquela ocorrida entre o Direito Privado, pelo Código Civil, por seus Estatutos ou Leis Especiais e a Constituição (REIS; FISCHER; MOLLER, 2007).

Inicialmente, Hesse retrata as palavras de Lassale (1998), onde questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, onde a Constituição, desta forma, estaria formulada segundo as forças dominantes, chamando-se assim de Constituição Real, sendo que para Lassale esta Constituição não passaria de um pedaço de papel, pois sua capacidade de regular e de motivar estaria vinculada a Constituição real e as forças dominantes. Neste tocante, para Lassale (1998), as questões constitucionais estariam voltadas para as questões políticas, de acordo com a força predominante, não estando relacionadas a questões jurídicas. Para Hesse (1991), enquanto a Constituição jurídica sucumbir diante da Constituição real, a própria Constituição estaria em discordância com o Direito Constitucional, pois não se teria um embasamento jurídico, mas sim, um emaranhado de forças dominantes atuando paralelamente.

Diante disso, Hesse começa sua arguição retratando o que deveria conter numa Constituição, para tanto:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, [...]. Essa pretensão de eficácia não

pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições (HESSE, 1991, p. 15).

Cabe mensurar, que o Hesse ainda destaca que a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não deve ser confundida com as condições de sua realização, porém, a Constituição configura como ser e também como dever ser, significando mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, mas sim como pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade político e social (HESSE, 1991).

O argumento utilizado para fundamentar sua teoria baseia-se em que a Constituição converter-se-á em força ativa se estiverem presentes a compreensão de necessidade e de uma norma de valores inexoráveis, a compreensão de que essa ordem constituída é maior que uma ordem legitimada pelos fatos, e, a compreensão de esta somente será eficaz com o concurso da vontade humana. Segundo ele, que a luz da Constituição deve focar em tela as questões culturais, sociais, políticas e econômicas vigentes, refinadas pelo “germe” de força vital da Constituição, porém, é indispensável que a Constituição se mostre em condições de adaptar-se a uma eventual mudança destes condicionantes. Para tanto, faz-se necessário, que se tenha entranhado na sociedade a vontade de Constituição, mesmo que para isso, haja a necessidade de sacrificar um interesse particular em prol da preservação de um princípio constitucional.

Hesse formulou esse conteúdo em uma frase, na qual, direitos fundamentais não podem existir sem deveres. Tornando-se fundamental atentar ao fato de que à luz da Constituição se garante um bem da vida indispensável à essência do Estado. Novamente enfocando as palavras de Hesse, torna-se preocupante para uma Constituição as frequentes “necessidades” de revisão constitucional, pois podem abalar a confiança de sua inquebrantabilidade, debilitando profundamente a força normativa constitucional, sendo que a estabilidade é fator essencial e condição fundamental para eficácia da Constituição (HESSE, 1991).

Neste tópico, cabe ressaltar que em caso de uma real mudança das relações fáticas, pode ou mesmo deve haver mudanças na interpretação da Constituição, proporcionando uma tensão entre norma e realidade, evitando

reformular sua força normativa, no entanto, quando inevitável tal situação, a reformulação se faz necessária, e, por conseguinte, a ruptura da situação jurídica vigente. Retomando as palavras de Hesse, buscando um aparato mais conceitual, tem-se: “[...] a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade” (HESSE, 1991, p. 24).

Soma-se a esta conceituação, a ideia de que em primeiro lugar, deve haver uma vontade normativa, ou seja, vontade de Constituição, onde seus subordinados devem abrir mão de determinados benefícios individuais em prol de uma sociedade organizada. Sendo que para Hesse, a Constituição não significa simples pedaço de papel, conforme descrito no caput por Lassalle, mas sim, uma superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas (HESSE, 1991).

Reverendo a teoria do autor, ao citar a tese de Carl Schmitt, afirma que a força normativa da Constituição não é verificada em tempos tranquilos, mas sim, em estados de necessidade ou emergenciais, nestas situações é que a força normativa e sua eficácia são testadas e postas a prova, devendo nestes casos, prevalecer à superioridade da norma sobre os fatos e não o contrário. Pode-se extrair que compete ao Direito Constitucional, realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que sem dúvidas, constitui a maior garantia de sua força normativa. Para tanto, essa força constitucional, a fim de se manter, deve ser impulsionada, conduzida e transformada em força ativa, a fim de se desenvolver sua força normativa, visando integralizar sua essência conjuntamente com sua eficácia, com o fito de regularizar os fatos, o Estado e as prerrogativas intrínsecas previstas constitucionalmente (HESSE, 1991).

Numa visão crítica, observa-se que Hesse questiona a afirmação realizada por Lassalle (1982), onde, tem-se uma concordância com o que discorreu sobre sua teoria e fundamentação. Cabem também reforçar, a autonomia e capacidade de desenvolvimento da forma como Hesse aponta sua conceituação, de modo a transmitir um embasamento satisfatório da força normativa da Constituição e como ela deve se comportar diante dos fatos e da realidade.

Trazendo para realidade brasileira, observa-se que a Constituição se amolda aos fundamentos discorridos por Hesse, satisfazendo a sua força normativa e a regulação da sociedade e do próprio Estado, onde se confere acedência pelo povo

(abrindo mão de determinadas prerrogativas pessoais) com o fito de uma Carta Maior dar conformidade e regulamentar a sociedade como um todo, impondo direitos e deveres. É nesta relação que se funda uma sociedade constitucionalmente alicerçada, onde somente em tempos difíceis é que pode-se avaliar o real potencial da força normativa da Constituição.

A partir dessas reflexões norteadoras na interseção do Direito Privado e do Direito Público, interessa estabelecer um recorte contextual para fins de análise no que versa ao microsistema conhecido por Estatuto da Criança e do Adolescente, de tal maneira servindo como exemplo no que trata as transformações ocorridas no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, e que em meio a tudo isso dada as interações fenomenológicas e a necessidade de regular matérias especiais estende-se a interpretação e a conexão para a constitucionalização do Direito Civil e das matérias correlatas que estão nos microsistemas.

## **2. A LEI 8.069/90 ENQUANTO UM MICROSSISTEMA PRINCIPIOLÓGICO DE PROTEÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Direitos humanos fundamentais são o conjunto de direitos e garantias do ser humano, objetivando a proteção da dignidade, protegendo contra o arbítrio do Estado e estabelecendo regras mínimas de desenvolvimento. Existem direitos que são destacáveis da pessoa humana, como a propriedade, e outros que são inerentes, ligados à pessoa humana de modo permanente. São os denominados direitos de personalidade, incluindo-se a vida, a liberdade física e intelectual, o nome, o corpo, a imagem e aquilo que crê como honra. O Estatuto prefere falar em dignidade, não deixando, contudo de se referir ao tratamento condigno que esperamos dos outros. Tal expressão é utilizada no Código Penal nos chamados crimes contra a dignidade sexual.

Tais direitos não destacáveis são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Tais características são previstas no Código Civil, que em seu artigo 11 menciona que “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Assim, além dos direitos fundamentais da pessoa humana, gozam a criança e o adolescente do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, preservando-se sua liberdade e dignidade (ISHIDA, 2011).

Referente aos princípios concretizantes, classificou em sete princípios por “serem funcionalmente realizadores ou densificadores dos princípios estruturantes.” São os seguintes: Princípio da Prioridade ou Primazia Absoluta; Princípio da Participação Popular; Princípio da Descentralização Político-Administrativa, Princípio da Desjurisdicionalização, Princípio da Despolicialização, Princípio da Humanização, e Princípio da Politização ou Ênfase nas Políticas Sociais Básicas (LIMA, 2001).

O referido autor reconhece o Direito da Criança e do Adolescente como um no Direito para o resgate e efetivação da cidadania das Crianças e dos Adolescentes. Por outro lado, para que isso se materialize a sociedade e o Estado brasileiro precisam assumir uma postura ética e na prática fazer da legislação estatutária, realmente, “um modelo para o Mundo, o instrumento de mudança de que tanto estamos necessitados para concretizarmos o ideal da criança e do adolescente cidadãos” (LIMA, 2001, p. 8).

Na sociedade moderna caracterizada pelo fenômeno da globalização e pelas complexidades sociais é fundamental refletir sobre o Direito da Criança e do Adolescente enquanto um direito público: infante-juvenil a partir da perspectiva histórica, que traz à baila sobremaneira essencial as três doutrinas que remontam a negação e o reconhecimento da infância no Brasil, são elas: a doutrina do menor, da situação irregular e a teoria da proteção integral. Diante desse contexto histórico, em especial da teoria da proteção integral, a criança e o adolescente rompem com o silêncio, a partir de vozes que primam pela inclusão social, conquistando formalmente o status de cidadania e a condição de sujeitos de direitos.

Sob esse enfoque e vinculado ao entendimento do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente orbita os direitos fundamentais da criança, do adolescente, bem como o Jovem, sustentados pela construção principiológica que faz a distinção de princípios estruturantes e concretizantes. É necessário realçar, nesse plano principiológico e estruturante e concretizante. Além disso, poder-se-ia trazer a baila outros questionamentos relacionados a infância e aos direitos fundamentais vindo de outros autores, por exemplo, na visão de Ishida (2011), o nascituro é uma criança, a partir de quando tem seus direitos fundamentais assegurados. Esse autor entende que sim, embasando sua posição pela teoria da concepção e mais os direitos de personalidade (LIMA, 2001).

Portanto, a Constituição da República de 1988 trouxe consideráveis avanços sociais a favor dos menos favorecidos, por meio do incentivo e do estímulo de políticas públicas que visam garantir o mínimo de direitos – aqueles direitos fundamentais para a manutenção de uma vida digna. Logo, um dos grandes desafios do século XXI, consiste em viabilizar os meios para que todos, sem exceção, tenham acesso aos direitos fundamentais intermediados pelas políticas públicas concretizadoras da cooperação (COSTA; DIEHL; PORTO, 2015).

Desse modo, no que tange ao número de princípios do direito da criança e do adolescente é oportuno registrar que no artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente existem outros princípios norteadores para a concretude dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos que são: condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, proteção integral e prioritária, responsabilidade primária e solidária do poder público, interesse superior da criança e do adolescente, intervenção precoce, intervenção mínima, proporcionalidade e atualidade, responsabilidade parental, prevalência da família, obrigatoriedade da informação e oitiva e participação; muitos desses incluídos no referido dispositivo legal estatutário pela Lei 12.010, de 2009. Outra construção doutrinária que merece atenção não mencionada pelo autor também não citada em sua obra é a de Rossato Alves ao considerar o princípio da prioridade absoluta um metaprincípio e os demais princípios, por exemplo do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente princípios derivados. No entanto, isso não significa que os princípios tenham hierarquia entre si, apenas a sua aplicação dá-se conforme o caso concreto (LIMA, 2001).

Mais especificamente a obra de Viana, quando trabalha o sistema de garantia de direitos, de maneira que assegure os direitos fundamentais da criança e do adolescente, de imediato trata da prevenção especial, não fazendo distinção da prevenção primária (são as políticas sociais básicas) prevenção secundária (as medidas protetivas, poderia ler-se políticas preventivas) e a prevenção terciária (políticas socioeducativas: relacionadas as medidas socioeducativas juntamente ao SINASE: Lei 12.594 de 2012 que trata do Sistema Nacional de Atendimento socioeducativo).

Nesse cenário de análise das políticas públicas, importante ressaltar que a Constituição, além de definir o norte para as ações governamentais, instituiu diretrizes mínimas para as garantias de direitos sociais e por consequência, da

cidadania. Diretrizes essas, deliberadas como objetivos fundamentais da República – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E as políticas públicas, deste modo, tem o objetivo central de intermediar a efetivação desses direitos, para a consolidação da cidadania (COSTA; DIEHL, 2015).

Contudo, não deixa de demonstrar como se daria a prevenção especial valendo-se dos seguintes pontos: o direito à informação, à cultura, ao lazer, aos esportes, às diversões e aos espetáculos; direito de proteção contra produtos; autorização para viajar e hospedagem; a política de atendimento; os conselhos de direitos da criança e do adolescente; o Fundo da Infância e da Adolescência; a integração operacional do sistema; o Conselho tutelar e o acesso à Justiça (CUSTÓDIO, 2009).

O Direito da Criança e do Adolescente o autor de certa forma faz um convite a reflexão acerca dos fundamentos que sustentam o sistema de proteção à criança e ao adolescente à partir de um enfoque histórico, associado a um estudo dos direitos fundamentais e do sistema de garantias de direitos. Estruturada em três unidades (fundamentos do direito da criança e do adolescente, Direitos fundamentais da criança e do adolescente e sistema de garantias de direitos) Direito da Criança e do Adolescente: é a disciplina das relações jurídicas entre crianças e adolescentes, de um lado, e de outro, família, sociedade e Estado. Trata-se de um novo Direito, com inspiração na teoria da proteção integral e regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei 8.060/90 (CUSTÓDIO, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser caracterizado como sendo um dispositivo que ao mesmo tempo em que informa se auto-influencia, como segundo Cândido Rangel Dinamarco, pois são a base jurídico-positiva da decidida adoção da tutela jurisdicional coletiva no direito brasileiro – apoiada nos preceitos constitucionais estimuladores dessa abertura. Em conjunto, são responsáveis pela autêntica liderança que nosso processo civil vai exercendo no mundo jurídico romano-germânico tradicionalmente ligado aos padrões de tutela exclusivamente individual. A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor constituem também, a um tempo, a resposta do

legislador aos reclamos da doutrina pioneira e fator de estímulo à farta bibliografia que lhes sobreveio (CUSTÓDIO, 2009, p. 55).

As questões sociais demandam uma profunda reflexão e ação frente as suas diferentes necessidades e evitar o acirramento delas é tarefa e desafio de todos os setores da sociedade envolvidos na construção da democracia como um valor humano de garantia universal de direitos sociais, políticos e jurídicos (COSTA; DIEHL, 2015). Essa condição peculiar vem a somar-se, de acordo com Moacyr Mendes (online), à condição jurídica de sujeito de direitos e à condição política de absoluta prioridade, para constituir-se em parte do tripé que configura a concepção de criança e adolescente do Estatuto, pedra angular do novo direito da criança e adolescente no Brasil.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É sabido que por um bom tempo, os códigos eram considerados imutáveis, rígidos e intocáveis, não sendo dada ao intérprete a possibilidade de relativizar e estender qualquer entendimento diverso dado a norma posta. Com as transformações sociais e suas implicações no âmbito jurídico, a Constituição Federal/88 retoma sua colocação hierárquica de norma fundamental, devendo ser levada sempre em consideração enquanto ponto nodal, o que também se deu pela decodificação das leis e o surgimento de microssistemas como o Estatuto da Criança e do Adolescente-, Lei 8069/90 e o Código de Defesa do Consumidor -, Lei 8078/95.

Dentro dessa lógica tanto o interesse privado quanto o interesse público estão instituídos pela Constituição de 1988 e não podem ser descritos separadamente na análise da atividade do Estado e de seus fins. Não se almeja com a tarefa por parte do Estado sobrepor o interesse público abstratamente considerado sobre os interesses particulares. Com a nova edição do Código Civil já se percebia uma maior intervenção do Estado nas relações interprivadas, o que por efeito também surgem as legislações dispostas a regular especificadamente alguns ramos dessas relações, a citar o Estatuto da Criança e do Adolescente, em face a este fenômeno também denominado de microssistemas.



Em outras palavras os microssistemas que orbitam ao redor do Código Civil, maiores expressões do direito privado, começam a dar postura diversa do Estado com relação as relações interprivadas. Assim, os microssistemas, ou legislações microsistemáticas, reconhecem a ocorrência de desigualdade entre as partes da relação jurídicas de direito material, e assim, havendo interesse estatal de que tais relações fossem mais equilibradas, para assim alcançar maior equilíbrio nas lides de direito material ocorre a interferência Estatal positiva sobre o direito privado conhecida como fenômeno de Publicização do Direito Privado, ganha um novo elemento teórico potencializante. Trata-se da teorização sobre a força normativa da Constituição. Por sua vez, ela contempla a quebra de paradigma, na medida em que a Constituição passa, em tese, e, a partir de então, de mero pedaço de papel, ou programa político, para alçar status de norma jurídica, e, como tal, composta de eficácia jurídica. Os Estatutos ou Leis Especiais que formam os microssistemas, concebidos a partir do incipiente fenômeno da publicização do Direito Privado tem o mesmo status normativo, não significa dizer que estes, não sejam novas fontes normativas, ou fontes normativas contemporâneas.

Nesse cenário, pode-se observar a partir do referencial bibliográfico, que houve a ruptura da dicotomia público x privado, passando a uma outra abordagem de análise, qual seja da intersecção do Direito Privado com o Direito Público, cotejando a interpretação a luz dos princípios constitucionais. O que por sua vez, não demanda da criação de mais códigos ou leis que visem assegurar à dignidade da pessoa humana, bastando por sua vez publicizar as relações interprivadas, sob o olhar do hermeneuta ao caso concreto, materializando seu entendimento pela Constituição Federal de 1988. Oportuna reflexão, que a propositura do referido trabalho, depois de circunscrever algumas ideias a respeito das intersecções de direito privado e público, buscou ligar o assunto com um dos principais microssistemas da contemporaneidade: o Estatuto da Criança e do Adolescente-, Lei 8.069/90 para trazer à baila suas diretrizes principiológicas voltadas aos direitos fundamentais dos infantes.

Nesse contexto o Direito da Criança e do Adolescente dispõe de fundamentos principiológicos e de regras que sustentam o sistema de proteção à criança e ao adolescente. Além disso, é a disciplina das relações jurídicas entre crianças e adolescentes, de um lado, e de outro, família, sociedade e Estado,

tratando-se de um novo Direito, com inspiração na teoria da proteção integral e regulamentado pela legislação estatutária, a lei 8.060/90.

## REFERENCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.) **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse público**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Por uma teoria geral da política. 4. ed. Barueri: Manole, 1992.

COSTA, M. M. M.; DIEHL, R. C. A cidadania em busca de efetivação e o papel das políticas públicas na era da globalização. In: COSTA, M. M. M.; DIEHL, R. C. (Orgs.). **O direito na atualidade e o papel das políticas públicas**. 1. ed. Curitiba, CRV, 2015.

COSTA, M. M. M.; DIEHL, R. C.; PORTO, R. T. C. **Justiça Restaurativa e Sinase**: Inovações trazidas pela Lei 12.594/12 enquanto política pública socioeducativa a adolescentes autores de atos infracionais. Curitiba: Multideia, 2015.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma, SC: Editora da UNESC, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**: doutrina e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente**: fundamentos para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 3 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

REIS, J. R. ; FISCHER, E.; MOLLER, M. Direito Privado e suas interações fenomenológicas com o Direito Público. In: GORCZEVSKI, C.; REIS, J. R. **A concretização dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007, p. 161-180.