

DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NA COMARCA DE UBÁ AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Clarissa Machado Felício ¹
Bruno Cássio de Paula Santos ²

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar se o preceito insculpido no artigo 227 da Constituição Federal está sendo efetivamente cumprido pelo Poder Público na comarca de Ubá e, em caso negativo, se tal omissão poderia acarretar a interferência do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, como forma de fazer prevalecer a norma constitucional e evitar que a sociedade viva perante um Estado Inconstitucional de Direito. Para tanto, foi realizado o levantamento de dados junto à Vara da Infância e da Juventude, na Defensoria Pública e no Ministério Público, todos da comarca de Ubá, além de estudo teórico de doutrinas e artigos científicos e análise de jurisprudências que tratam do tema.

Palavras-chave: Direitos da Infância e Juventude. Violação. Estado de Coisas Inconstitucional. Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

Em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, a realidade das crianças e dos adolescentes sofreu mudanças significativas e, a partir de então, eles passaram a ser tratados com

1 Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais – UNIPAC-JF. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Público – LFG. Bacharel em Direito – UNIPAC-Ubá. E-mail: clarissa.machado@fagoc.br

2 Graduado em Direito - FAGOC. E-mail: brunofdireito@gmail.com



absoluta prioridade e a contar com uma política de proteção integral.

Tais garantias encontram-se estampadas no artigo 227 da Carta Magna³, segundo o qual é possível perceber que o legislador constituinte buscou conceder aos menores direitos fundamentais que nunca lhes haviam sido assegurados, fazendo deles verdadeiros sujeitos de direito.

No entanto, mesmo com tamanha evolução jurídica, verifica-se que, na prática, muitos infantes não têm assegurados sequer os direitos básicos previstos na Lei Maior, como educação, saúde e vida digna, vivendo à margem da sociedade e, conseqüentemente, seguindo por caminhos, às vezes, sem volta.

Diante disso, surge a problemática do presente artigo: o preceito insculpido no artigo 227 da Constituição Federal é efetivamente cumprido pelo Poder Público na comarca de Ubá? E, em caso negativo, tal omissão pode acarretar a interferência do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo como forma de fazer prevalecer a norma constitucional e evitar que a sociedade viva em um Estado Inconstitucional de Direito?

O tema é de suma importância nos dias atuais, uma vez que muitos problemas sociais

3 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010.)

enfrentados pela sociedade têm suas raízes atreladas aos direitos da infância e da juventude; no entanto não há estudos científicos que comprovam a referida relação, ainda mais em cidades do interior, como é o caso da comarca de Ubá.

Os resultados obtidos com o presente trabalho poderão servir de base para o ajuizamento de futuras ações contra os municípios da comarca que se negarem a cumprir a norma constitucional – ou até mesmo conscientizá-los – antes que isso ocorra, pois os benefícios de se priorizarem os investimentos públicos em direitos da classe infanto-juvenil é a única solução para se melhorar a qualidade de vida de toda população.

Como metodologia, utilizou-se especialmente o levantamento de dados junto à Vara da Infância e da Juventude da comarca de Ubá, considerando, para tanto, o ano de 2015 como marco cronológico. Realizou-se o estudo teórico de doutrinas e artigos científicos, entrevista, além de análise de jurisprudências que tratam do tema, sobretudo as do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça⁴.

O objetivo principal consiste, então, em averiguar se o Estado tem cumprido seu dever constitucional de atender, com prioridade absoluta, os direitos afetos às crianças e aos adolescentes na comarca de Ubá e, em caso negativo, identificar os reflexos práticos que essa omissão gera para a sociedade.

Para tanto, será feita uma breve digressão histórica sobre o direito das crianças e adolescentes no Brasil, em especial em suas constituições, passando-se para o estudo aprofundado dos princípios constitucionais que regulam esse ramo do Direito, sobretudo o da proteção integral e o da prioridade absoluta. Além disso, realizar-se-á uma análise sobre a discricionariedade da Administração Pública frente ao cumprimento dos direitos inerentes à classe infanto-juvenil, dando-se ênfase à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo. Por fim, buscar-se-á avaliar se a violação dos direitos das crianças e adolescentes na comarca de Ubá pode servir de base para configuração do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, e, em 4 Foram analisados 1150 (um mil, cento e cinquenta) processos que tramitam na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ubá/MG.

caso positivo, quais implicações isso acarretaria para o ordenamento jurídico brasileiro.

ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS CONCERNENTES ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES, SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Já dizia Antoine de Saint-Exupéry, em seu livro *O Pequeno Príncipe*, “que todas as pessoas grandes um dia foram crianças” (EXUPÉRY, 2001, p. 36).

De fato, não há como negar que a vida se inicia com a infância e é nela que o ser humano mais precisa de cuidados e proteção, seja por parte de sua família, da sociedade ou do próprio Estado.

Realizando uma breve digressão histórica sobre como eram tratadas as crianças e os adolescentes nas constituições brasileiras, verifica-se que somente com a promulgação da atual Carta Magna é que estes passaram a ser considerados como indivíduos de investimento.

Segundo Barros (2005, p. 71), no período colonial, as primeiras crianças a chegarem ao Brasil vinham na condição de órfãos do Rei, como grumetes ou pajens, com a incumbência de se casarem com os súditos da Coroa. Nas embarcações, além de obrigadas a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos, eram deixadas de lado em caso de naufrágio, demonstrando o total desrespeito com que eram tratadas.

No entanto, mesmo com a independência do Brasil, em 1822, e a outorga da primeira Constituição Brasileira, em 1824, tal realidade se manteve inalterada, haja vista que nada foi regulamentado a respeito dos direitos da infância e da juventude e sequer houve menção às palavras “criança” e “adolescente” no texto de referido diploma.

Lado outro, em 1830, com entrada em vigor do Código Penal Brasileiro, a figura dos menores começou a receber uma pequena atenção do legislador; este, por sua vez, preocupou-se em estabelecer algumas regras que os diferiam dos

adultos, como a idade a partir da qual poderiam ser considerados imputáveis e quais as penas lhes seriam aplicadas.

Em razão de referida previsão legal, na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934, pela primeira vez, houve menção aos direitos da criança e do adolescente, ainda que de forma bem singela.

Já na Constituição de 1937, promulgada após o golpe do Estado Novo, os direitos infanto-juvenis ganharam ainda mais destaque. De forma pioneira, o legislador buscou incumbir aos entes da Federação o dever de zelar pelos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como assegurar-lhes diversos direitos sociais, como educação, saúde e lazer, o que se manteve constante na Constituição de 1946.

Sobre esse progresso constitucional, dispõe Roberti Júnior, citando Bitencourt:

Isso representou um grande avanço na efetivação de uma maior atenção e proteção das crianças, uma vez que na Constituição de 18 de setembro de 1946, ficou instituída a obrigatoriedade à assistência na maternidade, bem como o legal amparo à família de prole numerosa, conforme disposto no art. 1647. Nessa Carta, o legislador reafirma direito à educação e o dever do Estado em proporcionar o ensino gratuito aos destituídos de recursos. (BITENCOURT, 2009 citado por ROBERTI JÚNIOR, 2012, p. 120).

Da mesma forma, a Constituição de 1967, promulgada durante o regime militar, também ampliou os direitos dos menores no Brasil. O referido diploma merece destaque, pois, além dos direitos sociais já assegurados, também buscou proteger os nascituros e as gestantes, garantindo uma proteção especial à maternidade.

Porém, somente com a entrada em vigor da atual Constituição Federal, em 1988, é que os direitos dos menores ganharam a proteção de que careciam. Todavia, apesar da grande importância da conquista trazida, em seu artigo 227, vê-se corriqueiramente que diversos direitos das crianças e dos adolescentes são violados, daí a necessidade de se analisar se o referido preceito constitucional está sendo de fato cumprido.

A BASE PRINCIPOLÓGICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEUS CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O Conceito de Criança e Adoloscencea

Conforme já se mencionou anteriormente, os termos “criança” e “adolescente”, até o momento, não foram expostos, de forma minuciosa, com os seus verdadeiros significados para o Direito.

A Convenção sobre Direito das Crianças⁵ adota o critério cronológico para definir o seu conceito de criança, no entanto não faz distinção entre adolescentes e crianças: tão somente diz que estas podem ser compreendidas como aquelas que possuem menos de dezoito anos.

Da mesma forma, o artigo 2º da Lei n. 8.090, de 1990, dispõe que a criança é a pessoa com até 12 (doze) anos incompletos, e o adolescente é aquele entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade, podendo, no entanto, essa idade chegar aos 21 anos, em casos excepcionais.

Segundo Cury (2005, p. 18), o limite de 18 (dezoito) anos está estritamente relacionado ao instituto da imputabilidade, haja vista que, para o Código Penal Brasileiro, só se consideram imputáveis os maiores de dezoito anos, ficando os adolescentes sujeitos às disposições do próprio ECA, quando do cometimento de algum ato infracional.

De acordo com o referido autor, a diferenciação entre as idades estipuladas para a criança e para o adolescente também é de extrema relevância quando da aplicação das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, senão vejamos:

A distinção entre “criança” e “adolescente”, como etapas distintas da vida humana, tem importância no Estatuto. Em geral, ambos gozam dos mesmos direitos fundamentais,

5 Artigo 1º. Para efeitos da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

reconhecendo-se sua condição especial de pessoas em desenvolvimento, o que pode ser percebido principalmente no decorrer do Livro I. O tratamento de suas situações difere, como é lógico, quando incorrem em atos de conduta descritos como delitos ou contravenções pela lei penal. A criança infratora fica sujeita às medidas de proteção prevista no artigo 101, que implicam um tratamento através de sua própria família ou na comunidade, sem que ocorra privação de liberdade. Por sua vez, o adolescente infrator pode ser submetido a um tratamento mais rigoroso, como são as medidas socioeducativas do artigo 112, que podem implicar privação de liberdade. (2005, p. 18).

Assim, embora haja essa divisão cronológica no conceito de criança e adolescente, tanto um quanto o outro são sujeitos que se encontram em fase de desenvolvimento físico e mental, necessitando, para tanto, de cuidados especiais para o desenvolvimento dos atos da vida civil e penal (BITENCOURT, 2009 citado por ROBERTI JÚNIOR, 2012).

Os Princípios Fundamentais dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes

Rompendo com as disposições contidas no Código de Menores, a Constituição Federal de 1988 é considerada a grande divisora de águas quando se discutem os direitos atrelados às crianças e aos adolescentes.

Embora num contexto internacional, já se discutisse a importância de se protegerem os direitos da classe infanto-juvenil. O Brasil, até a promulgação da atual constituição, só se preocupava com os menores que se encontravam em situação irregular, ou seja, aqueles que não estavam inseridos em uma família ou, ainda, que tivessem atentado contra o ordenamento jurídico.

No entanto, com a entrada em vigência da Constituição de 1988, a situação das crianças e dos adolescentes sofreu significativas mudanças. A partir desse momento, passou a vigorar, no sistema normativo brasileiro, o princípio da proteção integral, através do qual os menores passaram a ser tratados como verdadeiros

sujeitos de direitos.

Sobre o tema, dispõe Munir Cury:

A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento. (2002, p. 21).

Entretanto, quando se compara essa conquista com a de outros países, verifica-se o atraso do legislador brasileiro em relação aos demais, uma vez que, desde 1959, já havia sido aprovada na ONU a Declaração dos Direitos das Crianças, a qual, de forma pioneira, tratou do princípio da proteção integral.

Já em 1990, com promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o referido princípio ganhou ainda mais destaque, ao estabelecer em seu artigo primeiro: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Como nos ensina Paolo Vercellone, Juiz de Direito na Itália, o termo “proteção” pressupõe um ser humano que necessita de outros para protegê-lo, ou seja, um ser humano que tem necessidade de outro ser humano (VERCELONE, 2005 apud CURY, 2005, p. 35).

O ilustríssimo magistrado também conceitua o Princípio da Proteção, dizendo:

Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescentes têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles. (VERCELONE, 2005 apud CURY, 2005, p. 36).

Partindo desses pressupostos, nota-se que o legislador, percebendo a vulnerabilidade da classe infanto-juvenil e a falta de capacidade de que estes detêm para prover, por si próprios, seus direitos, buscou incumbir tal responsabilidade a terceiros, quais sejam: a família, a sociedade e o Estado.

Tal incumbência se mostra ainda mais nítida quando se analisa o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º da Lei n.º 8.090, de 1990:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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 convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Desses artigos também se pode extrair um dos mais importantes princípios que norteiam o direito das crianças e dos adolescentes no Brasil, qual seja o da prioridade absoluta.

O referido princípio é o ponto de partida deste trabalho e será através dele que analisar-se-á se o Poder Público, como um dos responsáveis por assegurar a proteção dos menores, tem cumprido seu dever constitucional.

Segundo Vilas-Boas (2011), o princípio da prioridade absoluta é de tamanha relevância que reflete em todo sistema jurídico, devendo-se analisar se cada ato administrativo está em consonância com o artigo 227 da Constituição Federal, já que a criança e o adolescente têm prioridade absoluta em seus cuidados.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira

(2002, p.548) assim conceitua “prioridade”:

1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia.
2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia.
3. Qualidade duma coisa que é posta em primeiro lugar, numa série ou ordem.

Já a expressão “absoluta”, pelo mesmo dicionarista, pode ser compreendida como: “ilimitada, irrestrita, plena, incondicional” (2002, p. 13).

A junção dos vocábulos mostra o verdadeiro sentido do princípio, que visa assegurar com primazia os direitos das crianças e dos adolescentes sobre quaisquer outros.

Conforme bem observam Nery Júnior e Machado (2002, p.17), pelo fato de as crianças e adolescentes não terem o desenvolvimento pleno de suas potencialidades – característica inerente à condição de seres humanos ainda em processo de formação sob todos os aspectos: “físico (nas suas facetas constitutivas, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo) moral, social”, dentre outros –, devem ser protegidos até atingirem seu desenvolvimento pleno. Assim, o legislador constitucional entendeu por bem protegê-los mais do que aos maiores de dezoito anos, garantindo absoluta prioridade a seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver e atingir a plenitude do potencial que pode ser alcançada pelos seres humanos, garantindo-se, inclusive, o Princípio da Igualdade, ao ofertar-lhes direitos e prioridades para efetivação de direitos fundamentais, de forma a equilibrar suas peculiaridades com o desenvolvimento dos maiores de dezoito anos.

De acordo com o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati, especialista na área dos direitos da criança, a melhor interpretação que se pode dar ao princípio da prioridade absoluta é:

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 e a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante. (1991, p. 45).

Na verdade, além da ação da Administração Pública, também se faz necessário um fortalecimento da família, uma vez que, se os demais membros que a compõem não gozarem de um mínimo de direitos, com certeza as crianças e os adolescentes serão privados da assistência que lhes é devida.

Nessa linha de raciocínio, é o entendimento do escritor D'Antônio (2009, p. 8) que uma política integral sobre a menoridade deve necessariamente, harmonizar-se com a política familiar, já que a família constitui elemento básico formativo para a preparação da personalidade do menor.

De igual modo, a sociedade também é responsável por fazer valer o cumprimento do preceito constitucional, até mesmo porque, se os direitos atrelados à infância e à juventude não estiverem sendo cumpridos, a sociedade, de um modo geral, será a mais prejudicada com tudo isso, haja vista que, por serem a base da sociedade, se essas crianças crescem sem os direitos mínimos necessários para se viver com dignidade, muitos problemas sociais aparecerão – o que já se percebe nos dias atuais.

Nesse diapasão, mister se faz transcrever o entendimento do jurista Munir Cury:

É a comunidade quem recebe os benefícios imediatos do bom tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes, sendo também imediatamente prejudicada quando, por alguma razão que ela pode mais facilmente identificar, alguma criança ou algum adolescente adota comportamento

prejudicial à boa convivência. (2005, p. 38).

Após analisar a responsabilidade de cada uma das instituições previstas no artigo 227 da Constituição Federal, é preciso verificar se a referida norma constitucional está sendo ou não cumprida.

Para isso, estes estudos serão direcionados ao dever incumbido ao Estado de assegurar a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais necessários para que vivam com dignidade.

O PODER/DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE

Conforme exposto acima, questiona-se se o administrador público deveria, quando da prática de qualquer ato administrativo, analisar se este encontra-se compatível com o preceito constitucional insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, sob pena de responder pelos atos de improbidade administrativa, caso adote conduta diversa da prevista na Lei Maior.

Todavia, mesmo tendo conhecimento de tal norma, os administradores públicos acabam se esquivando de seu cumprimento, alegando que, como gestores da coisa pública, é concedida a eles a discricionariedade para adotarem as medidas administrativas necessárias que satisfaçam os interesses da coletividade.

De acordo com Mello (1998, p. 48), a discricionariedade pode ser compreendida como a margem de liberdade que é conferida ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei e da liberdade conferida ao mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

No mesmo sentido é o entendimento encontrado em Mayra Silveira:

Discricionariedade é a margem de liberdade de uma decisão conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração pública e pelos princípios gerais do Direito e dos critérios não positivados de conveniência e oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente prefixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a confirmação de uma conduta não prefixada porém aceita pelo Direito. (MORAES, 1999 apud SILVEIRA, 2014).

Lado outro, Di Pietro (1997, p. 177), ao afirmar que a discricionariedade tem sua principal fonte nas lacunas deixadas pela lei, conclui que são três as hipóteses em que a discricionariedade será observada: a primeira, quando a lei expressamente conferir à Administração Pública a escolha; a segunda, quando a lei for omissa em razão da impossibilidade de previsão de todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação; e a terceira – não menos importante –, quando a lei determina a competência, mas não pormenoriza a conduta a ser adotada.

Já no que concerne à natureza jurídica da discricionariedade, embora existam doutrinadores que defendam tratar-se de um poder do administrador público, a parte majoritária da doutrina entende ser ela um poder/dever, uma vez que, não obstante seja uma prerrogativa do agente público, é também uma obrigação, pois este deve agir dentro dos parâmetros fixados pela lei e sempre visar satisfazer o interesse da coletividade, em detrimento do seu interesse ou de qualquer outro particular.

Sobre o assunto, dispõe Celso Antônio

Bandeira de Mello:

Na Ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo - inobstante ramo do direito público - em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém - a Administração Pública - está posta numa situação que os italianos chamam de *doverosità*, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público - grifei -. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico [...]. Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isso se diz função administrativa), desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado 'poder discricionário' tem que ser simplesmente o cumprimento do 'dever de alcançar a finalidade legal'. Só assim poderá ser corretamente entendido e dimensionado, compreendendo-se, então, que há e é um "dever discricionário", antes de um "poder" discricionário. (2002, p. 12/15).

A questão da discricionariedade ainda está estritamente relacionada ao mérito do ato administrativo, uma vez que é através dele que a Administração Pública analisa a conveniência e a oportunidade de determinada escolha que a lei lhe permite fazer.

Sobre o assunto, discorre Mello:

O mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em

vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única indicada. (2005, p. 38).

Lado outro, a Constituição Federal de 1988, ainda que de forma indireta, também limita a discricionariedade do gestor público, dispondo que seus atos devem estar em consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Diante de tais considerações, é possível concluir que, embora a própria lei conceda ao administrador público discricionariedade para gerir a coisa pública, seus atos não podem ultrapassar as balizas previstas nas demais normas que compõe o ordenamento jurídico, sobretudo os princípios constitucionais, que são à base do sistema normativo.

No entanto, não é isso que se percebe no dia a dia, já que, embora o princípio da prioridade absoluta determine que todos os investimentos públicos sejam destinados primeiramente para assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes, os chefes do Poder Executivo preferem destiná-los a qualquer outra área que lhes traga vantagens pessoais e imediatas a investir nos direitos da infância e da juventude.

Tal omissão é apontada como uma das principais causas do aumento de ações distribuídas junto ao Poder Judiciário com o fim de assegurar o cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 227 da Constituição Federal.

Contudo, há quem defenda que a interferência no Poder Judiciário nas políticas públicas de competência do Poder Executivo pode configurar violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Sobre referido princípio, preleciona José Afonso da Silva:

Esse princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere

falar em 'colaboração de poderes' [...]. A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (2009, p. 109-110).

Porém, conforme se expôs acima, a discricionariedade do gestor público encontra seus limites na lei, devendo este agir dentro desses parâmetros, sob pena de ter seus atos revistos pelo Poder Judiciário. O próprio artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna dispõe: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL, Constituição Federal, 1998).

Assim, quando deixa de cumprir o princípio da prioridade absoluta, que determina a destinação das verbas públicas, com primazias, para assegurar os direitos da classe infanto-juvenil, o administrador público ultrapassa os limites da norma constitucional, devendo ter seus atos revistos pelo Poder Judiciário.

Ana Maria Moreira (SILVEIRA, 2014 apud MARSHEAN, 2004) nos ensina:

Partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo Poder Judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional. [...] O poder discricionário não está situado além das fronteiras dos princípios legais norteadores de toda iniciativa da administração e se sujeita a regular apreciação pela autoridade judicante.

Ainda sobre o tema, Silveira (2014) afirma que, além da resolução de conflitos entre

particulares, o Poder Judiciário ainda é responsável pelo controle das políticas públicas, razão pela qual possui a atribuição do controle político da atividade dos demais poderes, seguindo a teoria constitucional de freios e contrapesos.

Conforme dispõe Montesquieu (1993, p. 181), o sistema de freios e contrapesos ocorre – de forma sucinta – quando existe influência recíproca das funções executiva, legislativa e judiciária em um Estado, de modo que haja o necessário equilíbrio na sociedade.

Não obstante, a norma do art. 227 da Constituição Federal é de eficácia plena, ou seja, não depende de muito esforço do intérprete para verificar seu real objetivo, pelo que deve ser reconhecida como mais uma forma de delimitar o campo de atuação discricionária do administrador público e, conseqüentemente, a possibilidade de o Poder Judiciário analisar seus atos, caso este não a cumpra com prioridade absoluta.

Assim, partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo Poder Judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional.

Nesse sentido é o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que, por reiteradas vezes, já previu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, quando este não cumpre a ordem constitucional em comento, senão vejamos:

CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO E/OU EXPLORAÇÃO SEXUAL. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. PROGRAMA SENTINELA—PROJETO ACORDE. INEXECUÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC, DE REFERIDO PROGRAMA DE AÇÃO SOCIAL CUJO ADIMPLEMENTO TRADUZ EXIGÊNCIA DE ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL

(RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDEDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191- -197). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PLENA LEGITIMIDADE JURÍDICA DO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS PELO PODER JUDICIÁRIO. A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO.

Diante do exposto, pode-se concluir que, se não fosse possível a interferência do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, com o intuito de obrigá-lo a cumprir o preceito constitucional previsto no artigo 227 da Lei Maior, muitas crianças seriam privadas de terem acesso aos direitos que lhes são assegurados constitucionalmente, já que, ante a negativa do Poder Executivo, não teriam a quem recorrer.

5 DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DOS ADOLESCENTES NA COMARCA DE UBÁ

Com o intuito de resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes previstos no artigo 227 da Constituição Federal, mensalmente, dezenas de ações são distribuídas junto à Vara da Infância e da Juventude da comarca de Ubá.

Tal informação, por si só, já nos leva a crer que o referido preceito constitucional não é cumprido na comarca em estudo, caso contrário

não seria necessário o ajuizamento de tantas ações.

No entanto, para ratificar a afirmativa supracitada, será exemplificada a forma como se dão essas violações e quais suas consequências práticas para as crianças e adolescentes da comarca de Ubá, bem como para toda população a ela pertencente.

Para isso, foi realizado um levantamento de dados junto à Vara da Infância e da Juventude da comarca de Ubá e também nos principais órgãos responsáveis pelo ajuizamento destas ações, quais sejam: o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Visando a melhor precisão na compilação desses dados, utilizou-se o ano de 2015 como marco cronológico, embora seja sabido que tais violações ainda persistem, principalmente, quando se trata de direitos atrelados à saúde, à segurança pública e à educação.

Em relação ao direito a saúde, somente no ano de 2015, a Defensoria Pública e o Ministério Público ajuizaram cerca de 75 (setenta e cinco) ações, objetivando garantir a seus assistidos o direito a medicamentos, suplementos alimentares ou outros tratamentos médicos que haviam sido negados pelos municípios integrantes da comarca ou pelo próprio Estado de Minas Gerais.

Foi possível verificar que as classes menos favorecidas são as que mais sofrem com a negligência do Poder Público, pois, justamente pela insuficiência de recursos, não conseguem adquirir os medicamentos de que carecem ou realizar os tratamentos médicos que lhe são receitados, até mesmo levando a óbito algumas crianças, antes mesmo de ser deferida a tutela jurisdicional, ante a gravidade e a urgência de seus casos.

Ainda na seara das ações que buscam tutelar o direito a saúde, outro fato que chama atenção são as matérias de defesa sustentadas pelos entes públicos. Sem exceção, em todas as contestações, os municípios integrantes da comarca de Ubá e o Estado de Minas Gerais afirmam não terem responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos ou tratamentos

pleiteados pelos menores, sustentando que estes não se encontram na lista do Sistema Único de Saúde (SUS).

Todavia, tal argumento já não é mais aceito pelos Tribunais Superiores, que entendem que, independentemente de o medicamento estar previsto na lista do SUS, a saúde é um direito fundamental do indivíduo e, portanto, deve ser fornecido pelo Estado, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO LANTUS, NÃO PREVISTO NA LISTA DE MEDICAMENTO DO SUS, PARA TRATAMENTO DA MENOR, À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, PORTADORA DE DIABETES. EFICÁCIA TERAPÊUTICA DO FÁRMACO ATESTADA POR MÉDICA ESPECIALISTA DE NOSCÔMIO GAÚCHO QUE ACOMPANHA O TRATAMENTO. MOLÉSTIA REFRAATÁRIA AOS TRATAMENTOS DISPONIBILIZADOS PELA REDE PÚBLICA. ARTS. 196 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA INFÂNCIA. FLEXIBILIZAÇÃO DE ENTRAVES ADMISSIONAIS. NECESSIDADE DO MEDICAMENTO COMPROVADA. 1. A postulante, menor à época do ajuizamento da ação, cujo interesse encontra-se normativamente respaldado na Constituição Federal (arts. 196 e 227) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 11 e seguintes), convergindo, nesse mesmo sentido, o art. 24 da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Crianças (ONU/1989), diploma ratificado pelo governo brasileiro por intermédio do Decreto Presidencial nº 99.710/90. 2. A alegada circunstância de que o medicamento Lantus não consta da lista de medicamentos do SUS deve ceder lugar às afirmações do médico que a acompanha, quando afiança que todos os tratamentos disponibilizados pela rede pública e já ministrados à menor mostraram-se ineficazes no combate aos vários episódios de hipoglicemias graves, com perda de consciência e crises convulsivas por ela sofridas. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1068105/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2016, DJe 30/06/2016).

Além disso, em sede de defesa, é muito comum os municípios afirmarem que não possuem condições financeiras para arcarem com todos os tratamentos pleiteados pela população, embasando tal tese no princípio da reserva do possível.

De acordo com Flávia Daniele Santiago Lima (2002), o conceito do princípio da reserva do possível deriva de uma construção da doutrina alemã, que dispõe, basicamente, que os direitos já previstos, só podem ser garantidos quando há recursos público suficientes.

Em linhas gerais, o referido princípio regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, à educação e à segurança, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis.

No entanto, o referido princípio tem sido utilizado de forma distorcida no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, quando de sua criação, a corte alemã entendia que a possibilidade do cumprimento de determinada imposição judicial não estava estritamente relacionada à questão orçamentária, como sustentado pelos municípios brasileiros, mas tão somente a sua exequibilidade de um modo geral.

Em razão disso, tal argumento não tem sido aceito pela jurisprudência majoritária dos Tribunais de Justiça, que entendem não ser aplicável o princípio da reserva do possível em ações que visem tutelar direitos fundamentais aos menores de idade, ante a natureza de eficácia plena do preceito insculpido no artigo 227 da Carta Magna, in verbis:

REEXAME NECESSÁRIO - FORNECIMENTO GRATUITO DE SUPLEMENTO ALIMENTAR E MEDICAMENTOS DERMATOLÓGICOS - INCOMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE - INTELIGÊNCIA DOS ART. 148, INCISO IV, E ART. 209, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - PRECEDENTES DO STJ - PRELIMINAR REJEITADA - DIREITO À SAÚDE - MENOR PORTADOR DE ALERGIA CRÔNICA

CUTÂNEA, DERMATITE ATÓPICA E ALERGIA A LEITE DE VACA E DERIVADOS - ATESTADO POR RELATÓRIO MÉDICO - USO CONTÍNUO DE ALIMENTOS E INSUMOS DERMATOLÓGICOS - FORNECIMENTO GRATUITO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO - RESERVA DO POSSÍVEL - NÃO VIOLAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do art. 148, IV, da Lei nº. 8.069/1990, a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente. 2. Havendo responsabilidade concorrente entre a União, Estados e Municípios, em relação ao implemento do direito à saúde, constitucionalmente previsto, a parte poderá demandar qualquer dos entes da Federação. 3. Tratando-se de menor portadora de alergia cutânea e alergia a leite de vaca e derivados, conforme atestado em relatório médico, assinado por profissional especialista, exsurge o direito ao recebimento gratuito dos alimentos e medicações requeridos, já que a autora e sua família não têm condições de suportar seus custos, na quantidade prescrita pelo profissional médico que acompanha o caso. 4. A invocação do princípio da reserva do possível, desacompanhada de qualquer elemento concreto capaz de evidenciar a limitação financeira do ente público e o suposto prejuízo aos munícipes, por si só, não pode justificar o desatendimento à ordem constitucional de facilitação do acesso aos serviços de saúde. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0145.10.049073-2/002, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/02/2014, publicação da súmula em 25/02/2014).

Já na seara da segurança pública, somente no ano de 2015, mais de 385 (trezentos e oitenta e cinco) procedimentos foram instaurados para apuração de atos infracionais, retirando-se dessa contagem os que já estavam em trâmite, bem como os que aguardam julgamento.

Porém, é quando se analisa a falta de vagas nos centros socioeducativos para o cumprimento das medidas impostas aos adolescentes infratores que se percebe a dimensão da violação dos direitos assegurados aos menores na comarca de Ubá.

Isso porque, embora a medida socioeducativa de internação deva ser aplicada somente em casos excepcionais, na comarca em comento, em razão da gravidade dos atos infracionais cometidos pelos menores, esta é utilizada com grande frequência.

Corroborando com o explanado acima, no ano de 2015, embora tenham sido proferidas 23 (vinte e três) sentenças aplicando-se a medida socioeducativa de internação, até o momento só se conseguiram três vagas em estabelecimentos adequados para que os adolescentes possam dar início ao seu cumprimento.

A situação se mostra ainda mais caótica quando se faz necessária a aplicação da medida de internação provisória, a qual, em linhas gerais e de forma simplista, equipara-se a uma prisão cautelar no processo criminal.

De acordo com o juiz responsável pela Vara da Infância e da Juventude da comarca de Ubá, Dr. Thiago Brega de Assis, as vagas destinadas a internação provisória em estabelecimentos adequados somente são obtidas em caso de extrema gravidade e quando o ato infracional em apuração é análogo ao crime de homicídio.

Tal realidade, além de violar os direitos assegurados às crianças e aos adolescentes, ainda coloca em risco toda a sociedade, uma vez que, sem ter onde se internar, esses menores acabam retornando para as suas rotinas e praticando novos atos infracionais, colocando em risco suas próprias vidas, bem como a de todos que os cercam.

A falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento de outras medidas socioeducativas, como prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida, é outro fato que demonstra a omissão do Poder Público no cumprimento dos direitos da criança e do adolescente na comarca de Ubá.

Dos cinco municípios integrantes da comarca, apenas o de Ubá conta com lei municipal sobre o assunto e centros especializados para o recebimento dos adolescentes infratores, o que viola as disposições do artigo 5º, III da

Lei n.º 12.594 de 2012⁶, que dispõe acerca da competência dos municípios para criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

Por fim, no que concerne aos demais direitos assegurados às crianças e aos adolescentes no artigo 227 da Constituição Federal, embora estes não ocorram com tamanha frequência, foi possível identificar algumas ações versando sobre o direito à educação,

6 Art. 5º Compete aos Municípios:

I - formular, instituir, coordenar e manter o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União e pelo respectivo Estado;

II - elaborar o Plano Municipal de Atendimento Socioeducativo, em conformidade com o Plano Nacional e o respectivo Plano Estadual;

III - criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto;

IV - editar normas complementares para a organização e funcionamento dos programas do seu Sistema de Atendimento Socioeducativo;

V - cadastrar-se no Sistema Nacional de Informações sobre o Atendimento Socioeducativo e fornecer regularmente os dados necessários ao povoamento e à atualização do Sistema; e

VI - cofinanciar, conjuntamente com os demais entes federados, a execução de programas e ações destinados ao atendimento inicial de adolescente apreendido para apuração de ato infracional, bem como aqueles destinados a adolescente a quem foi aplicada medida socioeducativa em meio aberto.

§ 1º Para garantir a oferta de programa de atendimento socioeducativo de meio aberto, os Municípios podem instituir os consórcios dos quais trata a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências, ou qualquer outro instrumento jurídico adequado, como forma de compartilhar responsabilidades.

§ 2º Ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente competem as funções deliberativas e de controle do Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, nos termos previstos no inciso II do art. 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como outras definidas na legislação municipal.

§ 3º O Plano de que trata o inciso II do caput deste artigo será submetido à deliberação do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

§ 4º Competem ao órgão a ser designado no Plano de que trata o inciso II do caput deste artigo as funções executiva e de gestão do Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo.

principalmente para crianças que necessitam de atendimentos especiais, o que demonstra que o referido preceito constitucional não está sendo, de fato, cumprido na comarca de Ubá.

DO INSTITUTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Verificada a violação dos direitos da criança e dos adolescentes na comarca de Ubá, assim como a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo para obrigá-lo a cumprir o preceito constitucional insculpido na Cara Magna, o presente artigo, de forma inovadora, busca demonstrar que o Poder Judiciário pode também interferir na criação e implementação de políticas públicas voltadas a assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes, uma vez que a situação vivenciada pelo Brasil leva a crer que a sociedade vive em um Estado de Coisas Institucional.

Tal conclusão se mostra razoável, uma vez que, como já se expôs acima, a violação dos direitos inerentes aos infantes não é algo exclusivo da comarca de Ubá; no entanto, uma vez constatada aqui, por dedução, pode-se concluir que também ocorre nas demais comarcas do País, principalmente nas do estado de Minas Gerais, uma vez que a omissão deste quanto ao cumprimento de seus deveres constitucionais implica que todos os seus municípios sofram diretamente por essa falha.

O instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (EIC) foi utilizado no ordenamento jurídico pátrio pela primeira vez no ano de 2015. Ao analisar a ADPF n.º 347/DF, o Supremo Tribunal Federal, através do relator Marco Aurélio, reconheceu que o sistema carcerário brasileiro, ante a sua total precariedade e a violação em massa dos direitos fundamentais da população carcerária, necessita de um melhor gerenciamento, deferindo a princípio alguns dos pedidos vertidos na inicial, já que ainda não houve o julgamento integral de referida ação.

Conforme ensina Campos (2015), a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional tem

sua origem na Colômbia e pode ser empregada quando existe um quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional.

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015), para que ocorra o Estado de Coisas Inconstitucional é necessário que se façam presentes três pressupostos:

A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes.

Partindo-se dessas premissas e realizando uma interpretação análoga à referida decisão do STF, não restam dúvidas de que a atual situação dos direitos da infância e da juventude na comarca de Ubá, bem como em todo território nacional, pode ser suficiente para caracterizar o Estado de Coisas Inconstitucional.

A falta de investimentos em educação de base, saúde preventiva, segurança pública e infraestrutura para o cumprimento de medidas socioeducativas demonstra a violação em massa dos direitos fundamentais assegurados aos menores. Já a falta de coordenação entre as medidas executivas, legislativas e judiciárias também é facilmente constatada.

Quando se verifica que o gestor público não destina as verbas públicas com prioridade aos direitos das crianças e dos adolescentes, estamos de frente a uma violação do Poder

Executivo. Já o Poder Legislativo peca por editar leis utópicas, que carecem de efetividade e também por, às vezes, omitir-se quanto à criação de leis específicas, como ocorre nos municípios de Tocantins, Rodeiro, Guidoal e Divinésia, que ainda não possuem leis municipais versando sobre cumprimento das medidas socioeducativas em meio aberto. Por sua vez, o Poder Judiciário não atua com a eficácia necessária para a proteção desses direitos, uma vez que muitos processos acabam sendo arquivados em razão da maioria dos adolescentes, mesmo sem terem um provimento final adequado.

Assim, de acordo com Campos (2015), nesse cenário de falhas estruturais e omissões legislativas e administrativas, a atuação ativista da Corte Superior acaba sendo o único meio – ainda que longe do ideal em uma democracia – para superar os desacordos políticos e institucionais, a falta de coordenação entre órgãos públicos e a supressão dos direitos individuais de uma classe marginalizada e sem representatividade, como ocorre com os menores de dezoito anos.

No entanto, como bem assevera o renomado escritor Carlos Alexandre Campos, a Corte Superior não pode resolver atuar de forma isolada e proferir decisões que não sejam passíveis de cumprimento, pois, se assim o fizer, o fracasso ocorrido na Colômbia poderá se repetir em solo brasileiro.

Para tanto, é necessário que, em vez de trabalhar com a supremacia judicial, busquem-se diálogos com os outros poderes e órgãos que possam contribuir para a cessação dessas violações, haja vista que, de acordo com Campos (2015), “o ativismo judicial é estrutural, mas pode e deve ser dialógico”.

Assim, na acertada lição de Strck (2015), tratando-se o Brasil de um país periférico, onde a maioria dos preceitos constitucionais não é cumprida pelo Poder Executivo, se o instituto do estado de coisas inconstitucional não for utilizado com muita precaução, chegará um momento em que tudo se tornará inconstitucional e o Poder Judiciário, através da Corte Superior, além de não conseguir solucionar todas as demandas

que serão levadas ao seu conhecimento, estará exercendo diretamente a função típica do executivo, violando, pois, o princípio da separação de poderes prevista em nossa Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o que temos vivenciado é o desrespeito aos direitos das pessoas que são presas. A Constituição Federal do Brasil de 1988 e o Pacto San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, asseguram que a pessoa presa deve ter sua dignidade preservada. As penitenciárias e os presídios brasileiros não têm estrutura para receber tantos presos; sendo assim, os presos provisórios são colocados nas mesmas celas em que os presos que estão cumprindo pena, ficando segregados muito mais tempo do que deveriam. O encarceramento exagerado no Brasil demonstra que a dignidade da pessoa humana nada mais é que uma ideia abstrata.

Sendo assim, é nítido o desrespeito ao princípio da presunção de inocência, elencado na Constituição Federal, a qual estabelece que, até a condenação penal transitada em julgado, o acusado é considerado inocente.

Destacam-se neste trabalho apenas duas modalidades de prisão existentes no sistema penal: a prisão em flagrante e a preventiva. A primeira, como já dito anteriormente, é a que restringe a liberdade do indivíduo que está cometendo ou acabou de cometer um crime, enquanto a preventiva é aquela decretada pelo juiz somente quando necessária para garantir a ordem pública e outras. O nosso Código de Processo Penal não traz um prazo determinado de duração dessa prisão; portanto, ela pode ser revogada a qualquer momento.

É certo que a prisão é uma punição para quem que está em conflito com a lei, portanto, quando feita de maneira abusiva, não obedecendo aos direitos e garantias fundamentais, ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se de extrema ofensa.

O desenrolar deste trabalho se deu a partir das seguintes indagações: o juiz pode ou

não aplicar uma medida diversa da prisão? Por que não adotar a Audiência de Custódia em todo território nacional, já que o Brasil é signatário de um pacto que traz essa modalidade?

A banalização da prisão preventiva se estende cada vez mais, superlotando os presídios e impedindo que os presos tenham mínima condição digna de sobrevivência. Muitos dos presos que ficam segregados são até absolvidos no final da instrução, ou seja, a pena aplicada durante a instrução é, muitas vezes, muito mais grave do que a aplicada em uma sentença final. A prisão preventiva tem sido aplicada desenfreadamente, de forma equivocada, impedindo que ela tenha a eficácia que deveria.

Decretar sempre a prisão preventiva do acusado dá à sociedade uma falsa sensação de justiça, pois, da forma que o sistema carcerário se encontra hoje, é um reprodutor de violência. Se o Estado cumprisse com o papel de ressocializar, tratasse a prisão como ultima ratio, e diminuísse a desigualdade social, talvez o índice de criminalidade pudesse diminuir. Deixar presa uma pessoa durante uma instrução que sequer chegou à conclusão de que ela é realmente culpada é uma violação aos direitos humanos e representa dano ao princípio da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é inerente aos cidadãos, até mesmo às pessoas que são suspeitas de terem cometido algum crime. Não se discute que o Estado tem o poder de tirar a liberdade do indivíduo, mas não tem o poder de tirar a sua dignidade.

Diante desse cenário impactante que é a superlotação carcerária, a Audiência de Custódia poderá ajudar a melhorar essa situação, evitando prisões ilegais e controlando a decretação da prisão preventiva.

A Audiência de Custódia nada mais é que a apresentação da pessoa presa em flagrante ao juiz, no prazo de 24 horas após sua prisão. Nesse momento, estarão presentes representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, além do Juiz competente. Nessa ocasião, o juiz averiguará a legalidade da prisão e se é necessária a decretação da prisão preventiva.

A finalidade dessa Audiência não é acabar

com as prisões, mas sim a uma aplicação mais humana. Deve-se buscar sempre a humanização do processo penal, sem banalizar a prisão. Não se buscou, com este estudo, passar a ideia de pactuar com a impunidade, mas de reforçar a ideia de que o Estado deve agir com cautela.

Para que a Audiência de Custódia seja eficaz, deve-se adequar todo o sistema processual, mesmo com várias opiniões contrárias. Essa modalidade de audiência é um avanço para o Estado Democrático de Direito, portanto o Judiciário deve se adequar e cumprir sua função de ressocializar as pessoas que estão presas.

Para que tudo isso ocorra, torna-se necessária, além da observância da devida lei, a coragem de todos os operadores do Direito, para que estes reconheçam que é possível adotar medidas alternativas diversas da prisão, conforme estabelecido pela Lei 12.403/11, e que pode ser um passo muito importante para combater a falência do sistema prisional brasileiro, haja vista que muitas vezes não é necessário que uma pessoa aguarde seu julgamento atrás das grades.

A Audiência de Custódia, por si só, pode não ser a solução para resolver a superlotação dos presídios, mas, se começarmos por ela, se respeitarmos os direitos fundamentais da pessoa presa em flagrante e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, ela pode ser um avanço para mudar a realidade carcerária do País.

Conclui-se, portanto, que a Audiência de Custódia deve ser adotada em todo o território nacional, e que o Estado deve cumprir com sua função de ressocializar e não criar escola de crimes.

REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. A teoria da reserva do possível e as políticas públicas. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47214&seo=1>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BARROS, Nivia Valença. Violência intrafamiliar contra criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social. Rio de Janeiro, 2005. 248f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Pontifícia Universidade

Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.uff.br/maishumana/acervo/publicações/teses/viol-intrafa.pdf>. Acesso em: 02 out. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BITENCOURT, Luciane Potter. Vitimização secundária infanto-juvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política pública de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucionais e o Litígio Estrutural. Revista Conjur, 2015. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 10 maio 2016.

CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. Derecho de menores, p. 9 apud ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Editora Saraiva, 2009, p. 8.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

EXUPÉRY, Antoine de Saint. O pequeno príncipe. 48. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2001, p.36.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2002, p. 13 e 548.

BRASIL, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências [ECA]. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 16 jul. 1990.

LIBERATI, Wilson Donizete. O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários. Brasília: IBPS, 1991.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito da reserva do possível e do mínimo necessário. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_82/douglas_eros_pereira_rangel.pdf>. Acesso em: 23 out.2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.38.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. Disponível em:<<https://www.mprs.mp.br/infancia/doutrina/id155.htm>>. Acesso em: maio 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes. 1993, p. 181.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da constituição federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.3, n.12, out./dez. 2002.

ROBERTI JÚNIOR, João Paulo. Evolução jurídica do direito da criança e do adolescente no Brasil-2012. Disponível em:<<http://www.unifebe.edu.br/revistadaunifebe/20121/artigo%2025.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVEIRA, Mayra. Prioridade absoluta do direito da criança e do adolescente e discricionariedade da Administração. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/28284>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SOUZA, José Alves de. O princípio da separação de poderes/ funções na Constituição de 1.988. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em: 10 maio 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/porta1/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>>. Acesso em: 10 maio 2016.

STRCK, Lenio Luiz. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Revista Conjur, 2015. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 1 dez. 2015.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em: maio 2016.

_____. Convenção sobre os direitos da criança. Decreto n.º 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em nov. 2016.

_____. Lei do SINASE. Lei n.º 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso
em: nov. 2016