UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA NO BRASIL

NEWTON CESAR PILAU

Itajaí (SC), julho de 2016.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA NO BRASIL

NEWTON CESAR PILAU

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Co-orientador: Professor Doutor Gabriel Real Ferrer

Itajaí (SC), julho de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Magnifíco Reitor da Universidade do Vale do Itajaí, Professor Doutor Mario Cesar dos Santos pelo constante estímulo aos docentes desta instituição.

Ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, coordenador do Curso de Doutorado da Univali em razão de sua constante luta republicana e defesa do ensino jurídico no Brasil.

Ao Professor Doutor José Carlos Machado pelo incentivo acadêmico e serenidade, tornando a atividade da docência bem mais elaborada.

Ao Professor Doutor Marcos Leite Garcia, oritentador desta, em razão da profundidade de seu conhecimento e dos relevantes aportes sugeridos que revelaram a presente tese.

Ao Professor Doutor Gabriel Real Ferrer pela acolhida plena em Alicante na Espanha, estando sempre disposto a nos orientar em dificuldades enfrentadas.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em face à bolsa concedida e oportunidade de conhecer culturas diferentes.

A Universidade do Vale do Itajaí, que nos instiga a dar continuidade ao trabalho vinculado a Educação jurídica no Brasil e a Universidade de Alicante em razão da oportunidade de viver com harmonia em sua sociedade universitária tão fraterna.

Ao Professor Doutor Liton Lanes Pilau Sobrinho e à Loy Newton Pilau e Dezelina Bordignon Pilau pelo carinho familiar e incentivo à continuidade.

A todos os funcionários, professores e servidores da Universidade do Vale do Itajaí, especialmente a Alexandre Zarscke de Mello, Everaldo Medeiros Dias, Luiz Braulio Farias Benitez e à Jaqueline Moretti Quintero, Flávia da Costa Peretto, Kelli Cristina Ribeiro, Natammy Bonissoni e Sandra Regina Ioris, pela apurada atenção e dedicação.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Patrícia e aos meus filhos Eduardo e Carolina.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 12 de julho de 2016.

Newton Cesar Pilau

Doutorando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CESCR	Comitê das Nacões Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ECOSOC	Conselho Econômico e Social das Nações Unidas
ESCR	Comitê dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais das Nações Unidas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatíca
ICESCR	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
ONG´S	Organizações Não Governamentais
ONU	Organização das Nações Unidas
PPA	Plano Purianual
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para Infância

ROL DE CATEGORIAS

Cidadania Ativa: Esta implica que os cidadãos não se constituem em simples receptores passivos de prestações do Estado, mas de cidadãos ativos no entorno social, com a dilação de ações e possibilidades detendo influência nas decisões políticas de atuação do Estado[1].

Cidadania Cosmopolita: tem o condão de romper com a clássica divisão de gerações ou dimensões de direitos humanos, revelando que os Direitos Humanos Emergentes não conseguem compreender a classificação das gerações porque na esfera dos Direitos Sociais se revelam em muitas vezes inoperantes ou programáticas, compreendendo sim da defesa de uma visão integral e holística em que todas as categorias atuam entre si, gerando a certeza de que sempre haverá uma dimensão individual para a Efetividade de direitos que merece ser contemplada pelo Estado ou ordem internacional, com respeito à norma e orçamento público para efetivá-las, evitando assim, uma postura pré-violadora que teria que ser preenchida por uma postula pós-violadora com a manifestação judicial de segurança em ação judicial apropriada[2].

Cidadania: é um conjunto de direitos, "definiéndola como una relación social que implica normas, prácticas cotidianas, significados y sentimientos de exclusión o de pertenencia[3]".

Constituição: é a ordenação jurídica do Estado "de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal y normativa de aspectos determinados de este

---

[1] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebe, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 487.

[2] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, pp. 726-735.

[3] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebel, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 489.

proceso[4].

Democracia: “la Democracia debe ser identificada con la definición del presidente Lincoln, un republicano en Estados Unidos, como “gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Es el puente y la via de comunicación entre liberalismo y socialismo democrático, liberal o ético[5]”.

Democracia Substancial: Ao abordar o tema Democracia, os direitos fundamentais configuram-se como vinculo substancial, imposto à Democracia política, deixando a ideia de que os Direitos Sociais possuem vínculos positivos que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer, tendo por assinalar que os direitos fundamentais criam uma esfera de “lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores de legitimación y de desligitimación de las que son decisiones y de las que son no-decisiones[6]”.

Diferença entre Principios e Regras: se revela no que concerne à divisão de regras e princípios, que estes últimos são normas ordenadoras e devem acontecer na maior medida possível, dentro do sistema jurídico existente. Os princípios são mandatos de otimização, caracterizados porque podem cumprir-se em diferente nível, na medida que seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas determina-se por princípios e regras opostos. Desta maneira, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, se uma regra é válida, devendo fazer somente o que ela exige, nem mais nem menos. Assim, as regras contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, significando que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio[7].

---

[4] SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Madrid : Centro de Estudos Constitucionales, 1985.p. 132

[5] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 215-216.

[6] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 719.

[7] ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios

Direitos Humanos Emergentes: se baseiam em uma série de princípios de caráter transversal. Em um de seus princípios destaca a presença de uma sociedade civil e pluralista em que há um espaço para denunciar as deficiências do sistema político e econômico nacional ou internacional. É uma declaração de intenções pelo fato de fundar todos os direitos sobre a Democracia entendida não somente como valor ou princípio, mas como direito de múltiplas facetas, dimensões ou forma de expressão, apresentando em suas nuances a Democracia igualitária, Democracia plural, Democracia paritária, Democracia participativa, Democracia solidaria e Democracia garantista[8].

Direitos Sociais: podem ser entendidos como "un conjunto de prestaciones que el Estado debe realizar a favor de los indivíduos para que estos puedan concurrir en el proceso político en condiciones de igualdad[9]".

Double Standard:, que consiste na divisão de idades para alcance das mesmas. No caso brasileiro, a criança é aquela que tem de zero a onze anos de idade e o adolescente tem de doze a dezessete anos de idade. Este sistema advém das práticas sociais e está estabelecido nas normas jurídicas, havendo direitos para adultos e direitos para crianças, sendo que "los derechos de los adultos, principalmente les proporcionan las oportunidades para ejercitar sus poderes; los derechos de los niños principalmente les proporcionan protección y los mantienen bajo el control de los adultos[10].

Direito à Educação: Direito à Educação é um direito social de Cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança freqüentar a

---

Politicos y Constitucionales, 2012, p. 66-68.

[8] GARCÍA, David Bondía in PECES-BARBA Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 748.

[9] RUIZ, Ramon Ruiz in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Republicanismo cívico, libertad, derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 243.

[10] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y Protección**. Madrid : Dykinson, 2006, p.936.

escola, mas como o direito do cidadão adulto em ser educado, e educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil[11].

Efetividade: é relevante para a o exercício pleno dos direitos fundamentais, e fundamento para a concreção dos direitos, dirigindo ao intérprete as obrigações de otimizar e maximizar os preceitos constitucionais, sem distorcê-los, tornando-os ainda plenos e duradouros[12].

Estado de Direito: o qual os direitos passam a estar solidificados e confiados a "la ley del Estado soberano, disciplinada por reglas constitucionales que garantizan que en su formación concurran poderes limitados en si ya que no son expresión de ningún principio político dominante, ya que son consciente de ser sólo y exclusivamente poderes del Estado[13]".

Estado Social Prestamista:"Por ello siempre ostentan un carácter próprio, carácter organizador, planoficador, directivo y dirigente, y se hallan siempre "abiertos", siendo, no obstante, menos normativos y sobretodo menos densos que el ius cogens, debido en parte a su próprio y siempre necesario "margen de elasticidad", margen como es sabido, requerido para su gestión por la Administración. Mediante ellos el legislador busca frente a los derechos fundamentales stricto sensu menus su carácter normativo y más su carácter instrumental o, si quiere, su propia instrumentalización y procedimentalización, así como una mayor capacidad de adaptación a situaciones en cambio permanente, finalmente, llaman también la atención por sus continuas referencias a lo social. De ahí que la tarea del legislador sea la de captar muchas de las relaciones normativas surgidas espontáneamente de la floresta administrativa, reconduciéndolas a una base de competencias funcionales abiertas, debido a que "toda relación jurídica calificable de prestacional encierra potencialmente una relación constitucional[14]".

Federalismo: factor pragmático de reorganización y de reparto del poder estatal, puede representar una ayuda para el constitucionalismo moderno al ofrecer modelos

---

[11] MARSHALL. T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro : Editora Zahar, 1967, p. 73.
[12] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 278.
[13] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p. 141.
[14] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013, p. 164.

basados en uma soberania divisible y compartida por diferentes entidades. El Federalismo presenta notables puntos de unión con la Democracia. En los países donde los sistemas democráticos locales están bien implantados, las estructuras federales y las fuerzas descentralizadoras tendrán un efecto mayor que en aquellos otros en los cuales es el Parlamento y no el pueblo quien toma las decisiones a nivel local[15]".

Federalismo Assimétrico: "on la unitat és la característica predominant i la tendência de la vida, on la unitad del món és ferventment desitjada, el federalisme ofereix multiplicitat i pluralitat. A això jo respone que la simple unitat no és una virtud en ella mateixa: que si una economia a gran escala en el món modern fa que tor el pueble sigui un, no cal debuir d'aixo que sigui una tendência bona o una tendência que hagués de ser recolzada pels governs i estesa a totes les esferas de la vida (...) pero el govern federal (...)no representa nomes la multiplicitat, sino que representa la multiplicitat en la unitat"[16].

Futuro do Federalismo, com afirmações de superação, propondo a substituição do Federalismo cooperativo por um Federalismo competitivo. Gil textua que "las voces que claman por un modelo de Federalismo competitivo que sustituya al vigente y agonizante modelo de Federalismo cooperativo (...) con su instauración los poderes públicos no sólo se verán obligados a actuar de modo más cercano a los ciudadanos, sino que además se conseguirá un fortalecimiento de la responsabilidad propia de cada uno de ellos u, en consecuencia, una concurrencia de los Lander y de los municipios entre si[17]".

Garantia Constitucional: é entendida como virtualidade e integra o conceito de norma jurídica, que na realidade é a Efetividade da norma que se vincula a garantia e a "virtualidade que qualquer norma tem de receber assenta na necessidade de observância (ou de um grau satisfatório de observância) sem o qual não tem razão de ser. Pois que a norma por natureza pode não ser cumprida, por natureza pode

---

[15] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 38-39.

[16] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 47.

[17] GIL, Antonio Arroyo. **El Federalismo Alemán en la Encrucijada.** Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p 156-157.

(ou deve) ser garantida [18]".

Governos Republicanos na Modernidade: Governos republicanos na modernidade e que podem ser visto nos dias atuais do século XXI. Para tanto, James Madison escreveu o texto na National Gazette em 20 de fevereiro de 1792, tendo como título o Espírito dos Governos, referindo a um governo que "deriva su energia de la voluntad de la sociedad y actúa mediante la razón de sus medidas y basándose el las ideas y los intereses de la sociedad. Este es el tipo de gobierno que la filosofía há estado buscando, y la humanidade ansiado, desde los tiempos más remotos. Así son los gobiernos republicanos, de cuya invención le cabe la gloria a América y cuya posesión constituye también su ingualable felicidad. Que su gloria se complete con todas las mejoras en la teoria con que la experiência nos ilustre! Que su felicitad se vea perpetuada por um sistema de administración que se correponda con la pureza de la teoria![19]".

Lei Orçamentária: "una ley de planificación (*Plangesetz*) cuyo núcleo clásico gira en torno al presupuesto público (…) en las Democracias sociales puede significar una ampliación del ámbito de las libertades[20]". A consequência jurídica e conceitual da lei de planificação e orçamento revelaria o critério objetivo dos atores públicos em exercer suas gestões com vínculo ao cumprimento da norma jurídica, não restando a sua discricionariedade o descumprimento.

Normas Jus Cogens*:* são reconhecidas no Direito Internacional contemporâneo constituem-se por ser normas imperativas e de alcance geral, sendo inderrogáveis, expressando valores essenciais da Comunidade Internacional, respondendo a interesses coletivos de grupos sociais a que se dirigem. Essas normas gozam de caráter dinâmico sendo ajustadas de acordo com a evolução, aspirações e necessidades dos grupos sociais[21].

Objetivo de uma Constituição Republicana: Não deve ser mera abstração de

---

[18] MIRANDA. Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 2002, p. 715-716.
[19] MADISON, James. **República y Libertad: Escritos Políticos y Constitucionales.** Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 114.
[20] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013, p. 166-168.
[21] LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p 378-379.

poderes, mas sim, de um concreto equilíbrio, de forma que se obtenha um governo limitado para o cumprimento da mesma. O resultado desta harmonia entre os poderes serve para mantê-los em seus respectivos âmbitos, segundo a lógica moderna de que o poder freia o poder[22]".

Primeira Infância: No aspecto conceitual, a Sociedade precisa estar vigilante no trato da Primeira Infância, destacando que Kofi Annan, na época Secretário-geral da Organização das Nações Unidas, em informe da UNICEF, comentou sobre o estado mundial da infância em 2001, realçando a atenção prioritária que os Estados responsáveis deveriam dar a questão, com normas, programas e recursos públicos, destacando ainda, que este ciclo de zero a três anos, na verdade é o que recebe menos atenção, visualizando uma tragédia para a criança quanto para os países[23].

Protecionismo Renovado: a la construcción del Estado social de Derecho, se observa como ambas as ideas adquieren un significado diferente en dichos planteamientos y modelo de Estado. Es conforme com el Estado social de Derecho, el reconocimiento como objetivo básico de la educación el máximo desarrollo de las capacidades y potencialidades del menor, con la pretensión última de conseguir el desarrollo de su plena personalidad. (...) Ahora, a través de un fuerte control del Estado, se garantizará que el menor recibe unos contenidos educativos básicos y una formación conforme a unos determinados valores, pues ambos se consideran necesarios para que se pueda dar ese pleno desarrollo de su personalidad en la sociedad en la que vive. Por outra parte, también se puede constatar que pretensión de una educación mínima obligatoria tiene su plasmación jurídica práctica en su reconocimiento como derecho de todos los niños a la educación básica obligatória. Siendo éste uno de los derechos que conforman la nueva categoria de derechos fundamentales que se reconoce en ese modelo político de Estado social e Derecho, los derechos económicos, sociales y culturales, y siendo su imposición garantizada por el modelo intervencionista que supone este Estado[24]".

República: "es precisamente soberanía de varios en oposición a soberania de uno y

---

[22] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a nuestros dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.108.
[23] BALAGUER, Irene; Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p.194.
[24] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p 523.

considera en las Repúblicas democráticas al pueblo como el titular del Estado[25]".

Republicanismo: Neste aspecto de programa e ações, o republicanismo possui independência das teorias do liberalismo e do socialismo, mas tem possibilidade de ampliá-los e complementá-los. Os elementos que identificam o republicanismo podem ser identificados como sendo a soberania popular, a laicização, a luta por ideais democráticos, a sujeição à norma jurídica e principalmente a importância da Educação e sua generalização e cultivo das virtudes cívicas e da Cidadania igual. No campo da racionalidade, pode-se somar quando o republicanismo aparece como próprio de defesa do espaço público, unido por uma legislação comum que permite a convivência de homens livres e iguais em dignidade, considerados, cidadãos. Em realidade se está diante de um guia ideológico, regulador e histórico, tendo valor normativo e intertemporal, influenciando de forma decisiva quanto à orientação e direção dos direitos fundamentais desde o século XIX. Pode-se, ainda considerá-lo como um núcleo central de influência dos cenários democráticos, determinando e inferindo-se sobre os direitos civis e políticos (liberal) dos direitos econômicos e sociais (socialismo). Na conceituação de Peces-Barba "la Democracia debe ser identificada con la definición del presidente Lincoln, un republicano en Estados Unidos, como "gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo". Es el puente y la via de comunicación entre liberalismo y socialismo democrático, liberal o ético[26]".

Responsabilidade da Administração Pública no Estado Social: la consecución de la procura existencial (Daseinvorsorge); es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarollo de su personalidad reconocida no solo a través de las libertades tradiocionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de caráter econômico, social y cultural. Ao próprio tiempo, el Estado social de Derecho pretende asumir el cometido de reestructurar y equilibrar las rentas mediante el

[25] JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000, p. 702-703

[26] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 215-216.

ejercicio de la política fiscal, ló que hace que haya podido ser denominado Steuerstaat[27]".

[27] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 224.

SUMÁRIO

RESUMO 19

ABSTRACT 20

RESUMEN 21

INTRODUÇÃO ..... Erro! Indicador não definido.

Capítulo 1 22

1. A ESTRUTURA POLÍTICA DO ESTADO REPUBLICANO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À PRIMEIRA INFÂNCIA 27

1.1 Do Estado de Direito a Constituição Econômica para Efetividade dos Direitos Sociais 27

1.2 Da República à Cidadania Ativa, como referentes para a Construção do Estado Democrático de Direito e Social 44

1.3 Do Federalismo ao Federalismo Assimétrico como Instrumento de Efetividade de Direitos 57

1.4 Os Direitos Fundamentais como alicerce de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância 74

Capítulo 2. 102

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS NA ESFERA INTERNACIONAL COMO ESTRUTURA BASILAR PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA 102

2.1 A evolução Internacional da Proteção a Criança e ao Adolescente e a Primeira Infância 102

2.1.1 A Declaração dos Direitos do Homem e o Cidadão de 1789 103

2.1.2 Declaração de Genebra de 1924 105

2.1.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 109

2.1.4 A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 115

2.2 A Proteção Jus Cogens dos Direitos Infanto-juvenis na Esfera Internacional 121

2.2.1 Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 123

2.2.3 Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 140

2.2.4 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989 143

2.3 As diferentes conceituações jurídicas entre Declarações e Normas de Direito Internacional 170

2.4 Exemplos da atuação internacional em defesa dos Direitos Infanto-juvenis 173

2.4.1 A Espanha e o Observatório da Infância 175

2.4.2 A República do Chile e o Direito Social à Educação 176

2.5 Cúpulas Mundiais da Infância e Objetivos do Milênio 178

Capítulo 3. 184

AS NORMAS DE ORIGEM NACIONAL COMO INSTRUMENTOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 184

3.1 Direitos Infanto-juvenis na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 184

3.1.1 Direitos Infanto-juvenis nos Princípios Fundamentais da CRFB/1988 185

3.1.2 Direitos Infanto-juvenis nos Direitos e Garantias Fundamentais da CRFB/1988 187

3.1.3 Direitos Infanto-juvenis na Ordem Econômica e Social da CRFB/1988 ... 190

3.2 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990) 198

3.3 Normas Jurídicas Orçamentárias e o Caráter Diretivo do Direito Social na Primeira Infância 207

CAPÍTULO 4 213

4. A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA NO BRASIL 213

4.1 A Criança como Sujeito de Direitos desde o Nascimento (Direito Social à Educação na Primeira Infância) 213

4.2 O Protecionismo, o Liberalismo e o Protecionismo Renovado 217

4.3 Vetores Basilares e Conceituais de Efetividade dos Direitos Infanto-juvenis no Estatuto da Criança e do Adolescente 220

4.4 A Superação das Gerações de Direitos Humanos e os novos Direitos Humanos Emergentes 238

4.5 A Ruptura Conceitual do Conceito Tradicional de Cidadania e a Cidadania Cosmopolita 241

4.6 O Exemplo do Direito Social à Educação na Primeira Infância na Espanha 248

4.7 O Supremo Tribunal Federal e a Responsabilidade Objetiva do Estado na Efetivação do Direito Social na Primeira Infância no Brasil 251

CONCLUSÕES 263

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 263

RESUMO

A presente Tese de Doutorado foi oportunizada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) em face à bolsa concedida do doutorado sanduiche, realizado em Alicante, na Universidade de Alicante, Espanha e está inserida na linha de pesquisa Principiologia Constitucional e Política do Direito e tem como tema A Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil. Parte da Idade moderna e da superação do Estado de Direito, ao reconhecer o ressurgimennto do republicanismo como alicerce da construção do Estado Democrático de Direito e Social, que utiliza a federação para a concretude dos direitos fundamentais voltados a criança e ao adolescente. Apresenta cases internacionais e a estrutura internacional dos Tratados Internacionais referentes à Criança e ao Adolescente, dividindo-os em declarações e normas jurídicas que merecem reconhecimento na Sociedade Internacional e nos Estados internamente, quando normas cogentes. Entres estas, destacam-se a Declaração dos Direitos da Criança de 1989, o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. Explicita os direitos infanto-juvenis na CRFB/1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e as normativas do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e da Lei Orçamentária anual que representam o suporte orçamentário para a efetivação dos direitos. Por derradeiro, destaca os aspectos conceituais da doutrina da proteção integral, do interesse superior da criança e as teorias do protecionismo, liberalismo e protecionismo renovado que foi reconhecida pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989. Assevera ainda pela superação das gerações ou dimensões de direitos, ao valorizar a declaração dos Direitos Humanos Emergentes e a Cidadania Cosmopolita. Por derradeiro ressalta o exemplo espanhol e a decisão so Supremo Tribunal Federal que realça o dever estatal em efetivar pela via municipal o Direito Social à Educação na Primeira Infância. A metodologia empregada, que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e o relatório dos resultados, expresso na presente monografia, é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos da Criança e do Adolescente – Direito Social à Primeira Infância – República – Federação – Estado Democrático e Social de Direito

ABSTRACT

The Doctoral Thesis This has been nurtured by the Higher Education Personnel Improvement Coordination (CAPES) in the face of the scholarship granted the sandwich PhD, held in Alicante, University of Alicante, Spain and is inserted in the search line Constitutional principles, and Policy Law and has the theme The Right to Social Effectiveness of Early Childhood Education. Part of the modern age and overcome the rule of law, recognizing the ressurgimennto of republicanism as the foundation of building the democratic rule of law and social, that uses federation to the concreteness of fundamental rights aimed at children and adolescents. It offers international cases and the international framework of international treaties relating to Children and Adolescents, dividing them into legal declarations and standards that deserve recognition in the International Society and in the house when cogent norms. Entres these, we highlight the Declaration of the 1989 Child Rights, the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966 and the Convention on the Rights of the Child in 1989. It explains the children and youth rights in CRFB / 1988 of the Statute Child and Adolescent and regulations of the multi-annual plan, budget guidelines law and the annual budget law representing the budgetary support for the realization of rights. For ultimate highlights the conceptual aspects of the doctrine of full protection of the best interests of the child and protectionist theories, liberalism and renewed protectionism that has been recognized by the Convention on the Rights of the Child 1989. He claims even by overcoming generations or rights dimensions by enhancing the declaration of emerging human rights and cosmopolitan citizenship. For ultimate highlights the Spanish example and the only decision the Supreme Court that highlights the state's duty to effect the city via the Social Right to Early Childhood Education. The methodology, which for the research was used the inductive method, the data processing phase of the Cartesian method, and the report of the results expressed in this monograph consists in inductive logic base. In the various stages of the research, they were driven from the technical referent category, the operational concept and literature.

Keywords: Rights of Children and Adolescents - Social Right to Early Childhood - Republic - Federation - Democratic and Social State of Law

RESUMEN

La Tesis Doctoral ha sido alimentada por la Coordinación de Mejora Personal de Nivel Superior (CAPES) en la cara de la beca concedida el doctorado sándwich, que se celebró en Alicante, Universidad de Alicante, España, y se inserta en los principios constitucionales de la línea de búsqueda, y Política la ley y tiene el tema del derecho a la eficacia social de la educación inicial em Brasil. Parte de la era moderna y superar el estado de derecho, reconociendo la ressurgimennto del republicanismo como la base de la construcción del estado de derecho democrático y social, que utiliza la federación a la concreción de los derechos fundamentales dirigidos a niños y adolescentes. Ofrece casos internacionales y el marco internacional de los tratados internacionales relativos a los Niños y Adolescentes, dividiéndolos en las declaraciones y normas que merecen el reconocimiento de la Sociedad Internacional y en la casa cuando las normas legales convincentes. Entres estas, destacamos la Declaración de los derechos del niño de 1989, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989. En él se explica que los niños y los derechos de los jóvenes en CRFB / 1988 del Estatuto la ley de presupuesto anual que represente la ayuda presupuestaria para la realización de los derechos de la ley directrices presupuestarias para Niños y Adolescentes y reglamentos del plan plurianual, y. Para más destacado en última instancia los aspectos conceptuales de la doctrina de la plena protección del interés superior del niño y las teorías proteccionistas, el liberalismo y el renovado proteccionismo que ha sido reconocida por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Afirma incluso mediante la superación de generaciones o derechos dimensiones mediante la mejora de la declaración de derechos humanos emergentes y ciudadanía cosmopolita. Por ejemplo destacado finales del español y la única decisión del Tribunal Supremo que pone de relieve el deber del Estado para efectuar la ciudad a través del derecho social a la educación de la primera infancia. La metodología, que para la investigación se utilizó el método inductivo, la fase de procesamiento de datos del método cartesiano, y el informe de los resultados expresados en esta monografía consta en la base de la lógica inductiva. En las diferentes etapas de la investigación, que fueron expulsados de la categoría de referente técnico, el concepto operacional y la literatura.

Palabras clave: Derechos de los Niños y Adolescentes - Derecho Social a la Primera Infancia - República - Federación - Estado Democrático y Social de Derecho

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é a análise da estrutura política do Estado brasileiro e as motivações que impedem a efetivação do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil. Parte-se,tendo por referencial**,** o descaso dos poderes públicos, instituições e Sociedade quanto às missões impostas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. É imprescindível que os processos de Educação, socialização e aproximação do mundo jurídico proporcionem uma ruptura do paradigma existente na atualidade brasileira, onde a omissão e a inércia se sobrepõem à vontade de ação.

O objetivo geral é analisar a Efetividade do Direito Social à Primeira Infância no Brasil, tendo por aportes fundantes o republicanismo, o Federalismo Assimétrico e o Estado Democrático e Social de Direito. Para tanto, as declarações e normas jurídicas de origem nacional e internacional serão reveladoras dos direitos fundamentais que gravitam ao redor da infância, exigindo proteção.

Os objetivos específicos consistem nos seguintes:

a) Identificar a Estrutura Política do Estado Republicano para a Efetivação do Direito Social à Educação na Primeira Infância.

b) Conhecer a evolução dos direitos da criança e do adolescente na esfera internacional em termos de Efetivação do Direito à Educação na Primeira Infância.

c) Destacar a importância das normas de origem nacional como instrumento à efetivação dos Direitos Sociais.

d) Verificar a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Diante dos objetivos expostos, revela-se que o problema a ser trilhado nesta tese passa necessariamente pelo descaso dado à infância no Brasil.

Tal situação decorre de variações importantes como a inadequação dos poderes constituídos aos princípios basilares do republicanismo, que impõe uma conduta democrática substancial alicerçada pelo Estado Democrático e Social de Direito.

No mesmo sentido, revelam uma indisposição dos poderes constituídos com a Efetividade dos direitos fundamentais, alegando disposições absurdas que não mais subsistem no ordenamento jurídico como a cláusula da reserva do possível ou do caráter programático de normas constitucionais, bem como a morosidade processual em definir questões essenciais ao presente e futuro da nação.

Em outro aspecto, existe, nas instituições, na Sociedade e na família, uma falsa legitimidade para atuarem em prol dos direitos infanto-juvenis, desconhecendo a norma jurídica e seu real potencial de concretude, ao negar sua atuação, desmerecendo estes sujeitos de direitos.

Diante do exposto, Quais as condições atributivas de Efetividade ao Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil?

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

a) O Republicanismo e o Pacto Federativo se constituiriam em fundamentos adequados para a construção normativa dos direitos infanto-juvenis desde que utilizados com os preceitos da Democracia Substancial e assimetrias federativas;

b) Os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil revelariam a possibilidade de efetivação dos direitos infanto-juvenis em um Estado Democrático de Direito e Social, vez que seriam considerados normas cogentes e supralegais;

c) A Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989 seria o marco normativo para a Efetividade dos direitos infanto-juvenis;

d) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e as Normas Orçamentárias se constituiriam

em elementos possíveis para efetivação dos direitos da criança e do adolescente, em especial, ao Direito Social à Educação na Primeira Infância, vez que instituem a Doutrina da Proteção Integral;

e) A Administração Pública tem papel importante na realização do Direito Social à Educação na Primeira Infância, porém teria a possibilidade de relativizar este direito conforme preceitos advindos da reserva do possível, da discricionariedade do poder e das conceituações programáticas.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Tese e são aqui sintetizados, como segue.

Principia–se, no Capítulo 1, em contextualizações e olhares sobre o Estado de Direito, Estado Democrático de Direito e Social, Constituição, República, Federação, como instrumentos necessários a efetivação do Direito Social à Educação à Primeira Infância, destacando o republicanismo, Cidadania Ativa, Federalismo Assimétrico e a Democracia que deve ser compreendida como substancial.

O Capítulo 2, afirma que o direito é ferramenta basilar dos Estados Democráticos de Direito e Social, e no Brasil, para a defesa dos direitos infanto-juvenis, as declarações internacionais e as normas cogentes internacionais são fundamentais, porque representam a possibilidade de dar guarida a estes sujeitos de direito. Assim, se verificam declarações e normas jurídicas internacionais recepcionadas e advindas do cenário internacional.

Entre as declarações parte-se da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Declaração de Genebra de 1924, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 que firma por primeira vez, o objeto a um grupo de seres humanos, as crianças.

De outro modo apresentam-se normas de direitos internacional**,** recepcionadas pelo Brasil e tratam da criança em seu teor. Para tanto expõe-se os Pactos Internacionais de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 que se constitui em carta maga dos direitos infanto-juvenis.

Apresenta ainda, *cases* acerca da defesa dos direitos infanto-juvenis, em que se destacam a União Européia, Espanha e o caso Chileno de 2016 relacionado ao direito social à educação.

Já no capítulo 3 abordam-se as normas jurídicas que traduzem todo esforço republicano e federativo brasileiro, constituindo-se em marco do processo de reconstrução democrática do Brasil e verdadeira pedra fundamental para a validade do ordenamento jurídico, tendo em sua base analítica a especial contemplação à criança e ao adolescente, com a assunção da doutrina da proteção integral, do interesse superior da criança e da proteção especial, previstos na CRFB/1988.

No Estatuto da Criança e do Adolescente se expressa com maior vigor as premissas constitucionais, asseveradas ainda, pela necessidade de preferência, precedência e privilégio na formulação de políticas públicas voltadas a criança e ao adolescente.

Com isto se apresentam as normas tributárias expressas pela CRFB/1988 e que tem o condão de assegurar os recursos necessários à Efetividade do Direito Social à Primeira Infância. Desta forma, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual revelam o planejamento estatal no trato das demandas infantis que merecem a proteção efetiva do Estado.

Por derradeiro, o capítulo 4 ingressa com determinação à observação de questões envolventes ao tema, ao destacar que o Direito à Educação deve ser despertado desde o nascimento e vinculado à responsabilidade familiar, social e estatal, nos termos de sua capacidade progressiva.

Apresenta as teorias educacionais sob as vertentes do protecionismo tradicional, do liberalismo e do protecionismo renovado, implementado na Convenção dos Direitos da Criança de 1989. No mesmo norte, insere os conceitos e consequências decorrentes da resiliência primária e secundária. Destaca referentes atribuídos a infância, como a proteção legal especial, o interesse superior da criança e a doutrina da proteção integral, que recaem diretamente nas ações e políticas públicas implementadas pela administração pública e que merecem a guarda, proteção e ação do Ministério Público.

Para tanto, faz elucidações sobre a superação das gerações ou dimensões de direitos humanos, ao destacar nova roupagem advinda dos Direitos Humanos Emergentes, ou ainda, da Cidadania Cosmopolita que impõe um novo olhar sob a proteção e garantia dos direitos infanto-juvenis.

Ao finalizar o capítulo, busca o exemplo espanhol com relação à primeira infância, onde o respeito estatal contempla as crianças vulneráveis com a concretude do direito. Na seara brasileira se expõe decisão do Supremo Tribunal Federal que em 2011 decide que a prerrogativa constitucional indisponível do Direito Social à Educação na Primeira Infância é responsabilidade estatal, é direito fundamental e deve ser cumprida e efetivada por políticas públicas realizadas pelos Municípios.

A presente Tese se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados dos estudos e das reflexões realizados sobre a Efetividade do Direito Social à Primeira Infância no Brasil.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação utiliza-se o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e o relatório dos resultados, expresso na presente tese é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, acionam-se as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica, adotados pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Nesta Tese as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

Capítulo 1

A ESTRUTURA POLÍTICA DO ESTADO REPUBLICANO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À PRIMEIRA INFÂNCIA

Principia–se, o capítulo 1, em contextualizações e olhares sobre a estrutura política do Estado de Direito, Estado Democrático de Direito e Social, Constituição, República, Federação e Direitos Fundamentais, como instrumentos basilares para a efetivação do Direito Social à Educação na Primeira Infância.

1.1 Do Estado de Direito a Constituição Econômica para Efetividade dos Direitos Sociais

Importante para este trabalho é a discussão sobre o Estado de Direito e suas nuances que inferem a construção do Estado Democrático e Social de Direito, tema que passa necessariamente pelas questões do Constitucionalismo e da Constituição, como fundamentação para a concretude dos Direitos Sociais.

O Estado de Direito tem no período moderno a passagem de sua justificação assentada na superação da legitimidade para a legalidade, fundada na liberdade política e possibilidade de participação dos cidadãos frente ao poder, porém manejados pela classe burguesia e os instrumentos da ciência fornecidos pelo direito e a economia aos tempos da revolução industrial. E, tem, em sua fórmula, a obrigação de reunir diversas garantias formais, que devam ser proclamadas por uma Constituição que enalteça a divisão dos poderes e o princípio de legalidade, como também como princípios materiais, vez que a primazia da norma, repousa na expressão da vontade geral e na imediata direção à defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos. Pode-se ainda afirmar que as formulações iniciais do Estado de Direito (Século XVII), possuem como referência da síntese idearia liberal, a noção de legalidade para a defesa dos direitos individuais, e na ideia democrática, esta, assentada na concepção da lei como produto da vontade geral[28].

Outro ponto relevante, para a formação do Estado de Direito, revela-se na

[28] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 278.

necessidade de buscar uma fonte de validade do ordenamento jurídico que circunda sempre no dado fático de uma significação normativa, enquanto que pode-se buscar a solução no ordenamento democrático de um Estado de Direito com base no princípio da soberania popular. Este princípio atua como ponto de conexão entre a legitimação axiológica e sociológica do sistema e suas próprias regras de funcionamento normativo. A título de exemplo, tem-se o sistema cibernético, caracterizado por Luño, nos seguintes termos:

> al apuntar que la soberanía popular actúa como la orientación de un "input" óptimo para maximizar cuantitativamente la participación popular en el proceso político y, a la vez, de output óptimo en el sentido de maximizar la calidad de las decisiones y respuestas normativas. De este modo, el principio democrático de la soberanía popular cumple el papel de: fundamento axiológico de la legitimidad do sistema por asumir los Grundwerte comunitarios; de garantía sociológica de su eficacia porque existe la razonable probabilidad de que la participación asegure la aceptación y cumplimiento del output normativo; y de parámetro formal, porque el proceso participativo no se realiza arbitrariamente a través de un puro decisionismo, sino respetando los cauces normativos constitucionales que, como se há visto, articulan la estructura operativa de la soberania popular en el Estado de Derecho[29].

Neste sentido, Fioravanti estabelece a premissa basilar do Estado de Direito, em que a melhor garantia para os direitos dos indivíduos vêm dada pelo sistema do Estado de Direito, o qual os direitos passam a estar solidificados e confiados a "la ley del Estado soberano, disciplinada por reglas constitucionales que garantizan que en su formación concurran poderes limitados en si ya que no son expresión de ningún principio político dominante, ya que son consciente de ser sólo y exclusivamente poderes del Estado[30]".

Neste prosseguir, durante o Estado Liberal de Direito que perdurou até o século XIX, as Constituições tinham a missão de assegurar os direitos individuais, que para Vanossi, "el medio es la organización, la división del poder, para asegurar mejor los derechos individuales, que és el fin. Es decir, se fragmenta el poder para delimita-lo, para controlarlo"[31]. Para Bertaso, O Estado liberal teve o ideário inicial de garantir as liberdades e proteger os indivíduos das forças corporativistas. Configurou-se como protetor dos direitos, possibilitando a segurança jurídica através

---

[29] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 208.
[30] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p. 141.
[31] VANOSSI. 1975, p. 9. **Teoria Constitucional. Buenos Aires** : Editora de Palma, 1975.

do poder judiciário, inicialmente, para garantir os negócios e a propriedade.(...) Com referência à Cidadania, o Estado liberal limitava-se à proteção dos direitos dos indivíduos, abstendo-se de intervir na vida privada; assegurava a livre ordenação da sociedade civil. No Estado social, a Cidadania civil e política se transmuda para Cidadania social[32].

Assim, com a superação do Estado Liberal de Direito impõe a passagem para o Estado Social de Direito (a partir do Século XIX) em que se incorporam modificações teóricas e práticas. Justificado pela necessidade de responder diretamente às necessidades substanciais das classes subalternas emergentes, apresentando a condução do Estado para uma gestão direta da ordem social e econômica. Böckenförde, enaltece que o Estado Social invade a construção do Estado de Direito, estabelecendo que o conceito de lei como norma geral é retirado, colocando em ação as chamadas leis medidas, de natureza jurídica especial, que se constituem em instrumento necessário para "o legislador que interviene en la economía y la sociedade configurando, dirigiendo o promovendo objetivos própios del Estado social[33]".

Dentre as principais mudanças operativas no Estado Social está o fato de atribuir aos poderes públicos

> la consecución de la procura existencial (Daseinvorsorge); es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarollo de su personalidad reconocida no solo a través de las libertades tradiocionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de caráter econômico, social y cultural. Ao próprio tiempo, el Estado social de Derecho pretende asumir el cometido de reestructurar y equilibrar las rentas mediante el ejercicio de la política fiscal, ló que hace que haya podido ser denominado Steuerstaat[34].

Neste viés estabelecem-se as premissas basilares do Estado Democrático de Direito no Brasil que, notadamente, é também social de direito como

---

[32] BERTASO. João Martins**. As Políticas Neoliberalizantes e a Cidadania Social**. V. 20 n. 38 (1999) Seqüência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSNe 2177-7055.
[33] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid : Editorial Trotta, 2000, p. 38.
[34] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 224.

se verifica de forma evidente no seu artigo 3º da CRFB/1988[35], quando propõe como objetivos da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza e da marginalização, impõe maiores considerações, ao partir do conceito de Democracia.

Para Pisarello, Democracia se constitui em “una lucha heroica que ha de ser renovada sin interrupción ni descanso contra poderosos obstáculos. Estos obstáculos varían y en ciertas épocas pueden llegar a ser particularmente amenazadores. Las nuevas declaraciones de derechos son parte de la lucha para dominarlos y removerlos[36].

Importa acrescer que o conceito de Democracia que se pretende é o de Democracia Substancial ou social, proposta por Ferrajoli, em que o ‘Estado de Direito’ dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e Democracia formal ou política o ‘Estado político representativo’, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade[37]”.

Constata-se a democratização substancial das sociedades inigualitárias que não decorre, pois, mecanicamente, da simples ampliação do sufrágio popular. É mister, antes de mais nada, atacar as fontes do poder oligárquico, as quais se encontram na própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à instrução popular e o monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante[38]. Para Bobbio[39], a Democracia Substancial diz respeito ao conteúdo da forma da Democracia formal, tornando sua realização, um implemento de conscolidação democrática.

Ao considerar o Brasil como um Estado Democrático e Social de Direito,

---

[35] BRASIL.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p.2.

[36] PISARELLO. **Procesos Constituyentes: Caminos para la Ruptura Democrática**. Madrid : Editorial Trotta, 2014, p. 183.

[37] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Revista do Tribunais, 2002, p. 328.

[38] MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Neumann. Revisão: Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 14-24.

[39] BOBBIO.**Estado, Governo, Sociedade Para um Teoria Geral da Política** 7ª Ed. São Paulo : Paz e Terra, 1999, p. 157.

buscam-se a exemplo do Estado alemão, características relevantes de sua forma quanto à efetivação dos direitos, um dos temas centrais desta tese. Por certo a atual Constituição alemã faz referência ao Estado prestacional e ao princípio das prestações estatais que são chamados de princípios do Estado social e de prestações, que servem para apresentar os indivíduos em forma de Constituição viva e vital, próprias do Estado de Direito, empreendendo máximo vigor, quanto as suas obrigações prestacionais[40].

É este direito social de prestações do Estado aos indivíduos que determina o real Estado Social de Direito, que só os tornam fundamentais e efetivos quando reconhecida sua dimensão social. O direito social não se reduz a um plano técnico ou normativo tradicional. Seu valor jurídico exige um proceder de cooperação, comunicação, participação e organização em que o objeto da legislação é o reconhecimento da necessidade de atendimento a determinadas demandas, como o direito a Educação (primeira infância); Ainda merece o realce de que

> Por ello siempre ostentan un carácter próprio, carácter organizador, planoficador, directivo y dirigente, y se hallan siempre “abiertos”, siendo, no obstante, menos normativos y sobretodo menos densos que el ius cogens, debido en parte a su próprio y siempre necesario “margen de elasticidad”, margen como es sabido, requerido para su gestión por la Administración. Mediante ellos el legislador busca frente a los derechos fundamentales stricto sensu menus su carácter normativo y más su carácter instrumental o, si quiere, su propia instrumentalización y procedimentalización, así como uma mayor capacidad de adaptación a situaciones en cambio permanente, finalmente, llaman también la atención por sus continuas referencias a lo social. De ahí que la tarea del legislador sea la de captar muchas de las relaciones normativas surgidas espontáneamente de la floresta administrativa, reconduciéndolas a una base de competencias funcionales abiertas, debido a que “toda relación jurídica calificable de prestacional encierra potencialmente una relación constitucional[41].

Se como apontado, o legislador tem que auxiliar de forma positiva para a Efetividade dos direitos fundamentais. É coerente afirmar que a norma jurídica orçamentária é a que vai possibilitar a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância.

Tendo-se, portanto, a perspectiva de um Estado Democrático de Direito e Social, pode-se ainda justificar a necessidade de ter-se a norma como instrumento

---

[40] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013, p. 164.
[41] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013, p. 164.

para a Efetividade dos Direitos Sociais propostos neste trabalho, o qual é concebido por um sistema constitucional, um dos marcos que definem ordenamentos jurídicos evoluídos, traduzindo-o na garantia da segurança jurídica. Com esta sistemática, permite-se verificar conceitos, interpretar seu texto a laborar pela aplicação do direito, fundamentada em critérios precisos e rigorosos não mais nas mãos do arbítrio e do azar. Esse sistema constitucional transmite a ideia de ordem e regularidade, imantando e projetando-se sobre o ordenamento jurídico, estabelecendo direitos e liberdades como um sistema que alicerça os direitos fundamentais[42].

O constitucionalismo é considerado a partir do final do século XVIII, reunindo doutrinas que buscavam no horizonte da Constituição dos tempos modernos os aspectos concernentes a limites e garantias[43]. Porém, a primeira carta constitucional que apareceu na América foi a de 1787 e na Europa, elaborada entre 1789 e 1791, revelando a Constituição francesa de 1791. Esta Constituição francesa possui algumas diferenças, tendo por principal, a oposição entre o regime republicano e monárquico, vez que a monarquia já era na França uma aparência, e a situação do rei era mais debilitada que a de um presidente ou governador, no entanto, ambas assentadas na soberania popular[44]. Porém Fioravanti enfatiza que as constituições que inauguram o constitucionalismo moderno-contemporâneo são por natureza constituições pluralistas e, contra toda a tradição inaugurada por Rousseau. Neste tema que Kelsen afirmou que a Constituição democrática não é democrática por ter sido querida pela soberania popular, com o exercício do poder constituinte originário, compreendido como sujeito revelador da existência das constituições, como verdadeira abstração, por não corresponder de maneira alguma às experiências concretas do século XX. Assim, as constituições do século XX que possuem pretensões democráticas, não são derivadas da vontade de um sujeito ou pessoa, consideradas resultado de suas próprias eleições, mas sim, democráticas, porque são constituições sem autores e resguardadas dos perigos da vontade de algum indivíduo no poder. As constituições são democráticas quando não têm

[42] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 136.
[43] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.85.
[44] JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000, p. 515.

donos e negam interpretações conforme a vontade de um soberano que se coloca como titular originário do poder constituinte[45].

Conveniente ainda, destacar a necessidade de recompor as fraturas que ocorrem no constitucionalismo e na Democracia. Importante observar ainda, que as constituições da segunda metade do século XX, nascidas do poder constituinte que, assentadas na vontade popular, com o legislador como intérprete e representante da maioria e da vontade do povo. Desde essa época, a fórmula de Democracia constitucional, com valor constitucional de suas instituições e a ideia de limitar a política dos poderes pela força normativa da Constituição por mecanismos, como o controle de constitucionalidade, passou a efetivar os direitos fundamentais, embora possam ocorrer, neste novo século (XXI), tensões inevitáveis, e

> La primera de ellas, la única que puede ser mencionada aquí como conclusión, afecta a la relación entre los sujetos protagonistas de este equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, por una parte, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los Tribunales constitucionales, por otro. El manteniemento y la progresiva consolidación del equilibrio presupone que los unos adviertan la tentación de invadir el campo de los otros, y viceversa. No siempre es así en la vida real de nuestras Democracias constitucionales, en las que sin embargo es recurrente la intolerancia de la política frente a los vínculos y los limites de orden constitucional; pero también, en otra parte, con frecuencia a causa de las faltas y de los incumplimientos de la misma política, existe una difusa tendencia a extender de manera considerable el papel de los jueces y, en particular, el control de constitucionalidad. Desde nuestro punto de vista es suficiente saber que las constituciones que tenemos presuponen este tipo de equilibrio que las caracteriza, desde el punto de vista histórico, como formas específicas y definidas de constitución, distintas de las constituciones revolucionarias fundadas sobre el poder constituyente del pueblo soberano, pero también de las constituciones estatales y parlamentarias del siglo XIX. Si ese equilibrio se rompiera, con él caería también el tipo histórico de constitución que se hay afirmado en la segunda mitad del siglo XX. El nuevo siglo buscaria entonces una nueva forma constitucional, como otras muchas veces hay sucedido a lo largo de la historia[46].

Resta asseverar que o desiderato constitucional não pode mais justificar-se somente pelas constituições advindas do poder constituinte e da soberania popular, mas sim, marcados pelo equilíbrio, dando: a) maior força ao controle de constitucionalidade, com a inclusão do cidadão como novo legitimado para a propositura de ações judiciais, nesta seara. É ainda Fioravanti que discorre sobre “El

[45] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p. 155-156.
[46] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p. 163-164.

Federalista" (que será explicitado em espaço adequado desta tese), motivado pela fala de Madison e Hamilton, justificando o controle de constitucionalidade das normas, porque o legislativo que é considerado o poder mais temível de uma Constituição republicana, faz as leis, institui tributos e, por vezes pensam ser realmente o povo, se sentido como poder verdadeiro, poder constituinte originário, tornando os demais poderes subservientes à criação da norma. Por certo, o controle de constitucionalidade é indispensável para a proteção dos direitos fundamentais e das minorias e como Hamilton afirma, com os possíveis atos arbitrários de legisladores e de maiorias políticas, mas também com a finalidade de impedir que um dos poderes, e entre eles o legislativo que é o mais forte, possa aspirar e representar todo espaço da Constituição, "identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, actores e instrumientos de a quel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recebido del pueblo soberano mediante la constitución[47]"; b) com maior cobrança dos sujeitos elencados no art. 103 da CRFB/1988[48] na atuação e defesa dos direitos fundamentais; e c) uma atuação mais efetiva e célere do tribunal constitucional brasileiro, para que reconheça prioridade no trato de questões vinculadas aos direitos fundamentais, e obrigue o Estado a cumprir com os objetivos republicanos, realizando o pacto federativo.

A ideia do constitucionalismo democrático surge de uma nova compreensão a partir do poder constituinte, o que permite "actuar como una pieza más de una lucha persistente, siempre incompleta, por la distribuición y el control del poder político, econômico y cultural, frente a formas oligárquicas y despóticas de dominación, que no son naturales, ni resultan inevitables[49].

---

[47] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p. 108-109.

[48] BRASIL.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República;II - a Mesa do Senado Federal;III - a Mesa da Câmara dos Deputados;IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado;V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República;VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p.45.

[49] PISARELLO. **Procesos Constituyentes: Caminos para la Ruptura Democrática**. Madrid : Editorial Trotta, 2014, p. 183.

A partir do preceito constitucional, importa ressaltar que na atualidade o termo Constituição pode ser entendido como uma ordem jurídica fundamental do Estado e da Sociedade, sendo

> La Constitución es la resultante de un proceso de confluecia entre las diferentes fuerzas políticas del Estado, que se constituyen, que forman un orden constitutivo, alcanzando un consenso acerca de las cuestiones básicas que afectan la convivencia social, forma de Estado, sistema político, división del poder y protección de los derechos fundamentales. Este acuerdo, textualizado, se protege, mediante mecanismos e instituciones que garantizan su supremacia[50].

Constituição, portanto, é um elo de convivência social que transmite a todos as responsabilidades do porvir, tendo como objetivos os anseios contemporâneos de uma Sociedade. De outro modo, para Smend, a Constituição é a ordenação jurídica do Estado "de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado: y la Constitución es la plasmación legal y normativa de aspectos determinados de este proceso[51]". E mais, a Constituição do Estado "comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción, y en fin la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado[52]".

Com fundamento em fontes históricas, quanto ao conceito de Constituição, Fioravanti afirma que para aspirar uma verdadeira Constituição que represente de maneira autêntica a unidade política, se faz importante distingui-las em sua origem, sendo que para ele a máxima fundamental formulava-se do seguinte modo:

> la constitución, a la que se debe tender, no es jamás la constitución de los vencedores, no puede y no debe tener un origen violento. Aquí, exactamente, se produce la extraordinária invención del mito de la *patrios politeia* de la constitución de los antepasados. Esta constitución no tiene un origen violento ni unilateral, sino compositivo y plural. No nace de la imposición de un principio político vencedor, por ejemplo el democrático, sino de la pacífica y progresiva formación de una pluralidad de fuerzas y de tendências. Es siginificativo cómo en este distinto contexto argumentativo

---

[50] CALLEJÓN, María Luisa Ballaguer. **Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico**. Madrid : Tecnos, 1997, p. 17.
[51] SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Madrid : Centro de Estudos Constitucionales, 1985.p. 132
[52] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p. 141.

> Platón recupera la tan detestada Democracia, ya ahora ella es sólo una de las componentes de la constituición mixta, se comenza a dar respuesta a la crisis, a la necesidad de seguridad y de estabilidad, a indicar la prospectiva constitucional de la conciliación[53].

Estabelecida a definição de Constituição, urge afirmar sua condição suprema e rígida no ordenamento jurídico. Quanto a supremacia constitucional, se tem ciência que "en ámbito jurídico expresa, ante todo, que las normas que emanan de este poder superior son inmunes a cualesquiera otras normas o decisiones procedientes de los poderes constituídos[54]".Concernente a rigidez constitucional, afirma-se que esta "no atiende al principio de supremacia formal sino a la exigencia de estabilidad de sus normas[55]".

Tão importante quanto os conceitos apresentados anteriormente, apresenta-se a legalidade constitucional como relevante limitador de atuação dos poderes constituintes, responsáveis por alterações constitucionais. Estes, estabelecem que a "legalidad constitucional, de una legalidad superior a la ordinária, que puede así limitar la potestad del mismo legislador[56]".

No que se refere à hierarquia estabelecida no ordenamento jurídico e tendo como ponto inicial de uma teoria geral da Constituição,

> la normatividad de los valores y los principios se prueba por la existencia de las denominadas "normas constitucionales inconstitucionales" (verfassungswidrige Verfassungsnormen, en la terminologia de la doctrina alemana), con lo que se intenta subrayar la primacía hermenéutica de los valores, hasta el punto de determinar la inconstitucionalidad de las propias normas constitucionales que contradigan su sentido[57].

Tais afirmações se constituem em sólidos argumentos para a defesa dos direitos fundamentais e, em especial aos direitos à Educação (direito social à educação na primeira infância), inserida no Art. 208, IV da CRFB/1988 [58] , estabelecendo ainda, premissa de que esse direito é exposto de forma expressa.

---

[53] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.22.
[54] SABATER, Jose Asensi. **La Época Constitucional**. Valencia : Tirant ló Blanch, 1998, p. 251.
[55] SABATER, Jose Asensi. **La Época Constitucional**. Valencia : Tirant ló Blanch, 1998, p. 253.
[56] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p. 162.
[57] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 58.
[58] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de maio de 2015.

Por isso, quando se examinam as atividades da administração pública, estas não podem ser esquecidas, ou não utilizadas de forma efetiva. Se por um lado servem para o exercício do poder e permanência na esfera administrativa, por outro revela a força da norma que deve ter uma prerrogativa constitucional. Considera-se que a atividade das administrações públicas, em matéria de proteção da criança, é relevante pois, "esto es, investidas de la tradicionales prerrogativas que el ordenamiento les atrybuen para servir el interés general, en esto caso la protección de la infancia y del interés superior de los menores[59]".

E quando se pensa em norma constitucional, deduz-se imediatamente que os poderes constituídos devam atuar em benefício do direito a Educação, em especial na primeira infância, porque estes (poderes públicos) existem enquanto a Constituição os constituir. Por este motivo a Constituição é o limite de atuação do poder estatal, e a Constituição também se constitui no limite de atuação da administração e do parlamento[60].

Espera-se, ainda, que na tarefa de efetivar direitos, se tenha defensores da Constituição, e os órgãos competentes defendam a Constituição contra toda violação, preservando a integridade da Constituição.

Garantia Constitucional significa que os ditames constitucionais não sejam transgredidos e por isso é que a Constituição "confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla. Pues sobre ningún otro principio jurídico se puede estar tan de acuerdo como que: nadie puede ser juez de su propia causa[61]".

Miranda entende a garantia como virtualidade, e integra o conceito de norma jurídica, que na realidade é a Efetividade da norma que se vincula a garantia e a "virtualidade que qualquer norma tem de receber baseada na necessidade de observância (ou de um grau satisfatório de observância) sem o qual não tem razão de ser. A norma por natureza pode não ser cumprida, mas por natureza pode (ou

[59] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 18
[60] BALLE, José M. Lafuente. **La Judicialización de la Interpretación Constitucional**.Madrid : Colex, 2000, p. 115.
[61] KELSEN, Hans. **Quién debe ser el Defensor de la Constitución?** Trad.de Roberto J. Brie Madrid : Tecnos, 1995, p. 5.

deve) ser garantida". Ademais, no presente tema verifica-se que o direito a Educação (na primeira infância) revela-se como as normas constitucionais substantivas, passíveis de serem infringidas por ação ou por omissão dos poderes constituídos e o seu não cumprimento revela uma inconstitucionalidade sujeita à garantia de constitucionalidade[62].

Quando a norma jurídica constitucional do direito a Educação (na primeira infância) não é garantida, constata-se que a Constituição está sendo desrespeitada em seus valores. Valores constitucionais que se comportam no contexto axiológico fundamentador ou básico para "la interpretación de todo el ordenamiento jurídico; el postulado-guía para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constituición; y el critério para la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad[63]". E assim, constatada violação do texto constitucional o qual se dá quando

> se trata del incumplimiento de una obligación y no de una falta de reconocimiento de un derecho concedido por un órgano de la Constitución. Como toda norma, también la Constitución puede ser violada sólo por aquellos que deben cumprirla. Esto puede tener lugar de una manera inmediata o mediata. La violación de una ley promulgada sobre la base de la Constitución, por ejemplo, es una violación constitucional mediata, aun cuando el carácter general del cumplimiento de la ley sea exigido por la Constitución. Si trata de instituciones para la defensa de la Constitución, naturalmente sólo se tiene consideración en la defensa contra las violaciones directas. Los órganos de los que tales violaciones pueden provenir son órganos constitucionales directos y están bajo el control de la Constitución. El reclamos político-jurídico de garantía de la Constitución, es decir, de instituciones por medio de las cuales se controla na constitucionalidad del comportamiento de ciertos órganos del Estado inmeditamente subordinados a ella, como el Parlamento o el Gobierno, responde al principio de la máxima juridicidad de la función estatal, propia del Estado de Derecho[64].

No mesmo viés, quando se identifica a violação constitucional em direito fundamental que deve ser garantido, se faz necessário interpretar o direito conforme a Constituição, estabelecendo uma dupla presunção: "subjetiva de que el legislador realizo su función dentro de los límites constitucionales (favor legislatoris); y objetiva de que la ley se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución (favor

---

[62] MIRANDA. Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 2002, p. 715-716.
[63] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 542.
[64] KELSEN, Hans. **Quién debe ser el Defensor de la Constitución?** Trad.de Roberto J. Brie. Madrid : Tecnos, 1995, p. 3-4.

legis)[65]".

Neste sentido, os princípios asseverados por Luño, quanto à interpretação constitucional são: unidade, funcionalidade e Efetividade.

A unidade é o postulado em que o conjunto de normas constitucionais forma uma totalidade, obrigando a não contemplar as normas constitucionais como ilhas, remetendo a necessidade de coerência, que impõe a falta de contrações ou contradições entre as diferentes partes (regras) que compõe o todo ou o sistema constitucional[66]. Para que a unidade seja concreta é necessário ter coerência constitucional que se explica através do princípio de concordância prática, no ensejo de que os bens jurídicos, protegidos pela Constituição devem ser relacionados a solução dos problemas interpretativos de maneira quer cada um se conserve, resultando na exigência da ponderação dos bens para dar solução aos litígios que possam ocorre entre os diversos valores e interesses tratados pela norma constitucional[67].

A funcionalidade é o principio que obriga o intérprete respeitar a Constituição como um marco em que a distribuição de tarefas e funções estatais, previstos em seu texto, operando no plano extrínseco quanto a competência entre os órgãos do Estado, e intrínseco, quando o intérprete do direito está impedido de exceder o marco das funções que lhe são próprias, como acontece em um Tribunal Constitucional, o genuíno intérprete da Constituição, que deverá respeitar suas competências correspondentes em conformação com a concreção dos direitos[68].

A Efetividade é relevante para a o exercício pleno dos direitos fundamentais, e fundamento para a realização do direito a Educação (na primeira infância), dirigindo ao intérprete as obrigações de otimizar e maximizar os preceitos constitucionais, sem distorcê-los, tornando-os ainda plenos e duradouros[69]. Denota-

[65] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 280.
[66] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 276.
[67] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 277.
[68] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 278.
[69] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 278.

se que a interpretação constitucional funciona como verdadeira possibilidade de integridade constitucional para a Sociedade e suas demandas sociais, possibilitando sempre uma concretização dos direitos em Estados Democráticos e Sociais de Direito.

Desta forma poderá se chegar a uma boa Constituição, quando esta é ordem fundamental e ordem marco. Isto é possível se a Constituição ordena e proíbe alguma coisa, gerando este marco e se num segundo momento, confia outras coisas a discricionariedade dos poderes públicos, deixando-a aberta para margens de ação e por último, se suas proibições e mandatos resolvem questões fundamentais para a Sociedade, que podem e devem ser decididas por uma Constituição[70], como no caso do direito a Educação (na primeira infância). E neste caso, há entender-se que os atores sociais que participam do espaço público têm que internalizar a prioridade e efetivação deste direito, não deixando espaço a mera discricionariedade, subjetividade ou irracionalidade da administração pública do magistrado ao utilizar ou não os critérios da reserva do possível ou das normas programáticas, quando em detrimento das crianças.

Num outro viés, não se pode deixar na mão dos governantes o recebimento das normas constitucionais como se fossem normas em branco, fadadas ao critério subjetivo de aplicação ou não, Nesta seara, Häberle afirma que "es dentro de la problemática de protección y garantías que ostentan los derechos fundamentales, ya que algunas normas de governabilidad contienen o, mejor dicho, están establecidas como normas en Blanco, lo que las hace acaso dificilmente justificables. He aqui donde puede hacerse efectiva cualquier protección jurídica "previa' respecto de procedimientos de participación relativos a garantías constitucionales, algo que la legislación ordinária no suele prever[71]".

E dentro da tipologia das normas constitucionais, Häberle comenta que "una ley de planificación (*Plangesetz*) cuyo núcleo clásico gira en torno al presupuesto público (…) en las Democracias sociales puede significar una

[70] ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España (Centro de Estudios), 2004, p. 30.
[71] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013, p. 168-169.

ampliación del ámbito de las libertades[72]. A consequência jurídica e conceitual da lei de planificação e orçamento revelaria o critério objetivo dos atores públicos em exercer suas gestões com vínculo ao cumprimento da norma jurídica, não restando a sua discricionariedade o descumprimento[73].

Com isto se agrega valor ao Estado Democrático de Direito e Social, como no caso do Brasil, e presta respeito à visualização da Constituição econômica, reveladas pelo Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual (estudadas no capítulo 3), e, que na realidade representam suporte para a efetivação dos direitos fundamentais e principalmente na esfera de atuação do Direito à Educação (na primeira infância) e demais Direitos Sociais.

Ao finalizar o capítulo 1, destacou-se o Estado de Direito e suas vertentes liberal e social, que por sua vez, apresenta a condução do Estado para uma gestão direta da ordem social e econômica, na qual atribui aos poderes públicos a responsabilidade da Administração pública pela tarefa e proporcionar as prestações necessárias para o pleno desenvolvimento pleno da criança, não somente pelas liberdades tradicionais, mas pela imposição de atendimento aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. É este direito social de prestações do Estado aos indivíduos que determina o real Estado Social de Direito, que só os tornam fundamentais e efetivos quando reconhecida sua dimensão social. O direito social não se reduz a um plano técnico ou normativo tradicional. Seu valor jurídico exige um proceder de cooperação, comunicação, participação e organização em que o objeto da legislação é o reconhecimento da necessidade de atendimento a determinadas demandas, como o direito a Educação na primeira infância.

Para tanto se verificou o constitucionalimso que a partir do século XX retrata constituiões democráticas, sem autores e resguardadas dos perigos da vontade de algum indivíduo no poder. Democráticas porque não têm donos e negam interpretações conforme a vontade de um soberano que se coloca como titular originário do poder constituinte. Neste contexto, caracteriza-se a Democracia como uma luta cotidiana e perpétua contra obstáculos estabelecidos por quem não

[72] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013, p. 166.
[73] HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013, p. 168.

queira mantê-la, e que seja também substancial como método de produção de concretude de direitos fundamentais. Por Constituição, denota-se que é um elo de convivência social que transmite a todos as responsabilidades do porvir, tendo em seu norte os anseios contemporâneos e oxigenados de uma Sociedade. E quando se pensa em norma constitucional, deduz-se imediatamente que os poderes constituídos devam atuar em benefício do direito a Educação na primeira infância, porque estes existem enquanto a Constituição os constituir. Por este motivo a Constituição é o limite de atuação dos poderes públicos do Estado. Como resultado, a Constituição também se constitui no limite de atuação da administração e do parlamento.

Ao constatar que o direito social à educação na primeira infância é Garantia Constitucional significa dizer que os ditames constitucionais não devem ser transgredidos, e garantia é tratada como virtualidade que integra o conceito de norma jurídica, que na realidade é a Efetividade da norma baseada na necessidade de observância sem o qual não tem razão de ser. A norma por natureza pode não ser cumprida, mas por natureza pode (ou deve) ser garantida. Em contrário, quando violada a norma constitucional em que um direito fundamental deve ser garantido se abrem possibilidades de interpretação do direito, conforme a Constituição, e, estabelece uma dupla presunção: a) subjetiva, quando verifica se legislador realizou sua função dentro dos limites constitucionais e, b) objetiva, ao verificar se a norma se ajusta aos ditames constitucionais. Neste sentido, os princípios apresentados quando à interpretação constitucional são: unidade, funcionalidade e Efetividade. para que a unidade seja concreta é necessário ter coerência constitucional que se explica através do princípio de concordância prática, no desejo de que os bens jurídicos, protegidos pela Constituição devem ser relacionados a solução dos problemas interpretativos de maneira quer cada um se conserve, resultando na exigência da ponderação dos bens para dar solução aos litígios que possam ocorre entre os diversos valores e interesses tratados pela norma constitucional. A funcionalidade é o principio que obriga o intérprete respeitar a Constituição como um marco em que a distribuição de tarefas e funções estatais, previstos em seu texto. E a Efetividade é relevante para a o exercício pleno dos direitos fundamentais, e fundamento para a concreção do Direito Social à Educação na Primeira Infância, dirigindo ao intérprete as obrigações de otimizar e maximizar os preceitos

constitucionais, sem distorcê-los, tornando-os ainda plenos e duradouros. Denota-se que a interpretação constitucional funciona como verdadeira possibilidade de emancipação constitucional e entrega à Sociedade o caráter de compreensão das demandas sociais da Constituição, possibilitando sempre um alavancar dos direitos em Estados Democráticos e Sociais de Direito.

Ainda, se pode verificar a Constituição como ordem fundamental ou ordem marco. Fundamental quando tem em seu texto os assuntos fundamentais substanciais para sua Sociedade. E ordem marco, quando estabelece premissas abertas. Nesta ótica, uma boa Constituição possui os dois elementos. É ordem fundamental e ordem marco. Isto é possível se a Constituição ordena e proíbe alguma coisa, gerando este marco e se num segundo momento, confia outras coisas a discricionariedade dos poderes públicos, deixando-a aberta para margens de ação e por último, se suas proibições e mandatos resolvem questões fundamentais para a Sociedade, que podem e devem ser decididas por uma Constituição, como no caso do direito a Educação (na primeira infância). E neste caso, há entender-se que os atores sociais que participam do espaço público têm que internalizar a prioridade e efetivação deste direito, não deixando espaço a mera discricionariedade, subjetividade ou irracionalidade da administração pública do magistrado ao utilizar ou não os critérios da reserva do possível ou das normas programáticas, quando em detrimento das crianças. Num outro viés, não se pode deixar na mão dos governantes o recebimento das normas constitucionais como se fossem normas em branco, fadadas ao critério subjetivo de aplicação ou não.

E dentro da tipologia das normas constitucionais, deve-se observar que as normas orçamentárias se constituem em núcleo de ampliação das Democracias sociais. A consequência jurídica e conceitual das normas orçamentárias revelam o critério objetivo dos atores públicos em exercer suas gestões com vínculo ao cumprimento da norma jurídica, não restando a sua discricionariedade o descumprimento.

Com isto se agrega valor ao Estado Democrático de Direito e Social, como no caso do Brasil, e presta respeito à visualização da Constituição econômica, reveladas normas orçamentárias elencadas no texto da CRFB/1988 e, que na realidade representam suporte para a efetivação dos direitos fundamentais e

principalmente na esfera de atuação do Direito à Educação (na primeira infância) e demais Direitos Sociais. Por derradeiro, verifica-se que os suportes constitucionais elencados e seus conceitos se constituem em mecanismos possíveis para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil, passando no próximo item, a trabalhar a relevância da República e seus aspectos relevantes para os direitos fundamentais.

1.2 Da República à Cidadania Ativa, como referentes para a Construção do Estado Democrático de Direito e Social

Neste ponto, aborda-se o tema República e sua contribuição para o Estado Democrático de Direito e social, apresentando suas nuances quanto à possibilidade de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Parte-se de uma análise histórica, utilizando de Peces-Barba para estabelecer as premissas iniciais de República e Republicanismo. Republicanismo é considerado como conceito equivocado, possuindo vários significados, indo de Platão aos republicanos franceses do século XIX. Na generalidade se liga a *res pública*, ou coisa pública, que acaba por distinguir tudo que deriva da dimensão privada da realidade da pessoa. No século XIX consolidaram-se as ideias de que a Constituição e a norma eram a sede dos direitos para sua positivação, renascendo o republicanismo[74].

Na especificidade apontam-se momentos que a explicam. No primeiro, está sua qualidade como regime político e forma de Estado que se contrapõe à monarquia, manifestando ainda sobre conteúdos ideológicos, derivados de conceituação democrática e de soberania popular, alicerçado pela tese de Maquiavel em “o Princípe” e a consequente divisão do Estado em principados ou Repúblicas, que servem para inaugurar a qualificação dos Estados como forma de poder no mundo moderno. Representa a ideia de soberania como identidade radical do Estado, não reconhecendo nada superior, sendo supremo, definindo-a como

[74] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 6

afirmado por Bodino, na essência do poder do mundo moderno. Essas conceituações levam a ideologia republicana como ideal político e também como programa prático, na verdade, denominado de republicanismo influindo na caracterização dos direitos fundamentais já no século XIX. Assim, pode-se afirmar que o republicanismo é uma construção intelectual com pretensões de fixar-se na realidade, partindo de "Cicerón y de los Estoicos, que se prolonga en el mundo moderno en Maquiavelo, em Bodino, en los libertinos, los republicanos ingleses del XVII, y, ya em siglo XVIII y principios del XIX, en Voltaire, en Diderot, en Helvetius, en Mably, en Rousseau, en Sieyés y en Kant, y en el centro de este siglo en los republicanos franceses como Blanc, Jules Ferry, Gambetta y también Victor Hugo en la última parte de su vida, entre otros[75]".

Neste aspecto de programa e ações, o republicanismo possui independência das teorias do liberalismo e do socialismo, mas tem possibilidade de ampliá-los e complementá-los. Os elementos que identificam o republicanismo podem ser identificados como sendo a soberania popular, a laicização, a luta por ideais democráticos, a sujeição à norma jurídica e principalmente a importância da Educação e sua generalização e cultivo das virtudes cívicas e da Cidadania igual. No campo da racionalidade, pode-se somar quando o republicanismo aparece como próprio de defesa do espaço público, unido por uma legislação comum que permite a convivência de homens livres e iguais em dignidade, considerados, cidadãos. Em realidade se está diante de um guia ideológico, regulador e histórico, tendo valor normativo e intertemporal, influenciando de forma decisiva quanto à orientação e direção dos direitos fundamentais desde o século XIX.

Pode-se, ainda considerá-lo como um núcleo central de influência dos cenários democráticos, determinando e inferindo-se sobre os direitos civis e políticos (liberal) dos direitos econômicos e sociais (socialismo). Na conceituação de Peces-Barba "la Democracia debe ser identificada con la definición del presidente Lincoln, un republicano en Estados Unidos, como "gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo". Es el puente y la via de comunicación entre liberalismo y socialismo

[75] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 215..

democrático, liberal o ético[76]".

No entendimento de Cruz, o principio republicano revela o principio federativo e determina a contínua construção do espaço público a partir do interesse da maioria, detendo um instinto de "sociabilidade inato que visa a um acordo comum(…) sendo inestimável instrumento para consecução da justiça[77]". Ainda informa que os cidadãos e a maioria da Sociedade devem ter a República e o principio republicano como seus principais vetores de atuação, realçando sua indelével relevância para a efetivação dos Direitos Sociais atualmente.

Neste diapasão, a expressão República será apresentada por Viroli, que representa os anseios da modernidade, relatando que durante os séculos XVII e XVIII era o pensamento político da Inglaterra com Hobbes e Locke, e na França com Mostesquieu e os enciclopedistas. "Sin embargo, nuestro pensamiento político había formulado en las centúrias precedentes la Idad moderna de República concebida como la comunidad libre de los ciudadanos que viven bajo el gobierno de la ley. No hemos sabido cultivar esta rica tradición intelectual como se merece. Podría y debería haverse mucho más[78]".

Quanto à conceituação, a República pode ser útil a todo Estado regido por norma jurídica, com qualquer forma de administração. Isso acontece quando o governo se dedica ao interesse público, sendo que todo governo legítimo é republicano e nele modificam-se os governos através das normas jurídicas e não mais pelos que estão no poder, sendo o Estado de Direito o legitimador do poder. E a substituição do governo dos homens pelo governo das normas jurídicas "será la consecuencia de ese proceso, que tiene un reflejo considerable en la Declaración de 1789 y que transciende su consideración como texto de derechos humanos, por esta razón, para ser además una de las bases del constitucionalismo moderno"[79]. Para

---

[76] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 215-216.

[77] CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** Itajai : Univali Editora, 2011, p. 78.

[78] BOBBIO, Norberto; Viroli, Maurizio. Trad. de Rosa Rius Gatell. **Díálogo en torno a la República.** Barcelona : Kriterios Tusquets Editores, 2001, p. 25.

[79] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio e García Manrique, Ricardo in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución

Jellinek (século XX), República “es precisamente soberanía de varios en oposición a soberania de uno (…)y considera en las Repúblicas democráticas al pueblo como el titular del Estado[80]”.

Não menos importante no entorno conceitual de República, Madison apresenta duas diferenças entre República e Democracia

> Les dues gran diferencies entre una democràcia i uma República són: que en una República, en primer lloc, es delega el govern a un petit nombre de ciutadans elegits perla resta; i, en segon lloc, que es opt abastar um major territori i un major nombre de ciutadans. L’efecte de la primera diferència és, d’una banda, depurar i ampliar las opinions publiques en fer-les pasar a traves d’um grup de ciutadans escollits, que amb la seva saviesa podran discernir més bé el veritable interes del seu país i amb patriotisme i amor a la justicia será menys probable que el sacrifiquin a consideracions passatgeres o parcials. Amb aquesta regulació pot succeir que la veu pública, expressada pels representats del poble, s’avingui més al bé públic que no si l’expressés el poble mateix, convocat amb aquest fi. D’altra banda, però, l’efect pot ésser invers. Homes de temperament facciós, de prejudicis locals o de propòsits sinistres poden, a força d’intrigues, corrupció o altres mitjans, primer obtenir els sufragis i després trais els interessos del poble. La pregunta que se’n deriva és si les que afavoreixen l’elecció dels més adients guardians del bé compun, són les republiques de petita o de gran extensión; i dues consideracions evidents fan inclinar-se amb certeza a favor de los segones[81].

Com outro olhar, destaca-se que a República contém a necessária opção democrática, por estar fundada no poder constituinte do povo soberano que revela a Constituição. O que a República se opõe é a opção democrática de governos puros que se ligam a um único principio, concentrando poderes, mesmo que sejam na assembleia dos representantes do povo[82]. Para Fioravanti o que El Federalista sustentava era por uma “*constitución republicana*, democrática en lo que atañía su fundamentación, moderada y *equilibrada* en lo que tenía a la articulación de los poderes previstos y disciplinados es esa constitución[83]. No mesmo sentido, Cruz destaca que a República “é a forma de governo na qual a Democracia se funde ao

---

Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo II:siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, p. 174.

[80] JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000, p. 702-703

[81] MADISON, James in Madison, James; Hamilton, Alexander; Jay, John. **El Federalista**. Barcelona : Institut d’Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2009, p. 115**.**

[82] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.107

[83] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.107.

Estado de Direito[84]".

Num outro pensar, se rebusca o tempo para abordar o que seriam os governos republicanos na modernidade e que podem ser visto nos dias atuais do século XXI. Para tanto, James Madison escreveu o texto na National Gazette em 20 de fevereiro de 1792, tendo como título o Espiríto dos Governos, referindo a um governo que

> deriva su energia de la voluntad de la sociedad y actúa mediante la razón de sus medidas y basándose el las ideas y los intereses de la sociedad. Este es el tipo de gobierno que la filosofía há estado buscando, y la humanidade ansiado, desde los tiempos más remotos. Así son los gobiernos republicanos, de cuya invención le cabe la gloria a América y cuya posesión constituye también su ingualable felicidad. Que su gloria se complete con todas las mejoras en la teoria con que la experiência nos ilustre! Que su felicitad se vea perpetuada por um sistema de administración que se correponda con la pureza de la teoria![85].

Tendo sido escolhida a forma de governo, por um lado se deve contextualizar que num bom governo republicano se faz uma relação equilibrada entre os poderes constituídos.[86] E ainda que esta assentada em dois fundamentos: o princípio da liberdade que se traduz pela livre busca da felicidade por qualquer individuo, sem impedir os demais de buscá-la e o princípio da igualdade que pode ser compreendido como a submissão diante da mesma norma[87]. Porém a concepção republicana, ainda que na esfera dos direitos, e a ideia de liberdade que nos remete aos direitos, é a de não dominação, fundamental para estabelecer um sistema de garantias para evitar os abusos públicos, mas se transformam em verdadeiras ferramentas que permitem participação na comunidade política, onde o indivíduo é protagonista.

Quanto aos Direitos Sociais (Direito à Educação na primeira infância) num pensar republicano podem ser entendidos como "un conjunto de prestaciones que el Estado debe realizar a favor de los indivíduos para que estos puedan concurrir en el

---

[84] CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** Itajai : Univali Editora, 2011, p. 73.
[85] MADISON, James. **República y Libertad: Escritos Políticos y Constitucionales.** Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 114.
[86] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.124.
[87] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.24-25.

proceso político en condiciones de igualdad[88]".

Por certo os Direitos Sociais serão reveladores da possibilidade de Cidadania, conceituada neste trabalho como o exercício de direitos dos indivíduos, alavancando uma compreensão mais ampla do republicanismo, partindo do conceito liberal e republicano de Cidadania. Para complementar, não se deve mirar a Cidadania somente como conjunto de direitos, mas interpretá-la em sentido sociológico, "definiéndola como una relación social que implica normas, prácticas cotidianas, significados y sentimientos de exclusión o de pertenencia. De echo, este concepto denominado ciudadanía vivida, tiene como fundamento una comprensión dinámica de ló que son derechos[89]".

No pensar da forma liberal de Cidadania está a liberdade individual do cidadão, determinando ao Estado a tarefa de regulador e de garantidor da propriedade privada com espaços de atuação do cidadão pela Constituição e normas jurídicas, sendo que "en los asuntos públicos se limita a elecciones periódicas para ciertos grêmios "representativos" considerándose mucho más importante la "participación" en la esfera privada-ya sea em temas económicos o familiares-. En ciertas variantes neoliberales, esta visión de ciudadanía puede llegar al extremo de "privatizar" por completo la esfera relacionada con el "bienestar común", es decir disolver en la esfera privada[90]".

Assim, no contexto republicano de Cidadania, que obrigatoriamente é social, a esfera pública é prioritária, e a comunidade solidária pertence a todos os cidadãos, sem depender da propriedade privada ou das posições sociais alavancadas pelo indivíduo. Considera ainda que o espaço de ação individual é dependente das posições alicerçadas pelo poder econômico, na esperança de que o Estado intervenha com o claro objetivo de criar maior justiça social. E demonstra ainda, que a liberdade do indivíduo está na possibilidade de atuar de maneira

[88] RUIZ, Ramon Ruiz in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Republicanismo cívico, libertad, derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 243.

[89] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebel, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 489.

[90] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebel, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 486.

constante e ampla dos assuntos públicos[91].

Ao analisar a visão republicana de Cidadania, tem-se a visão inversa da política e do direito. Os direitos são considerados produto do processo político e “los derechos así concebidos no son tanto derechos humanos como derechos fundamentales, toda vez que son derechos que derivan de leyes particulares y acuerdos a los que se llega entre ciudadanos que participan dentro del proceso político[92]”. Assim,

> Esta concepción de los derechos tiene una serie de ventajas sobre la doctrina de los derechos naturales. Así, como afirma Viroli, a diferencia de estas, aquella incova um idealizado ser humano o una comunidad de un tipo supuestamente universal; em lugar de representar atributos ontológicos inherentes, reflejan propósitos socialmente determinados que pueden ser reformulados para hacer frente a las cambiantes circunstancias y actitudes, por ló que los derechos así concebidos son mucho más apropiados para la heterogeneidad de las sociedades modernas que los supuestos derechos naturales[93].

No contexto republicano de Cidadania espera-se maior auto-organização extraestatal dos cidadãos para efetivação de direitos, que pode ser revelada pela forma da Cidadania Ativa.

Percebe-se que essas concepções (neo) liberal e republicana vêm sendo acrescidas da fala de uma Cidadania Ativa. Esta estimula os cidadãos a não se constituírem simples receptores passivos de prestações do Estado, mas de cidadãos ativos no entorno social, com a dilação de ações e possibilidades, detendo influência nas decisões políticas de atuação do Estado[94].

A ideia republicana de Cidadania Ativa é reveladora, porque apresenta a perspectiva de que não serve somente ao passado. Contemporaneamente, no

---

[91] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebel, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 486-487.

[92] RUIZ, Ramon Ruiz in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Republicanismo cívico, libertad, derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 250.

[93] RUIZ, Ramon Ruiz in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Republicanismo cívico, libertad, derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 250.

[94] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebe, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 487.

caminhar do Século XXI, por razões óbvias e reveladas, nota-se, como exemplo, a distribuição social e relações entre Estado e Sociedade, ingredientes possíveis, através de uma participação social e política maior. Constitui ainda, "marco de referencia y orientación en el debate con las "políticas de reforma" neoliberales y para câmbios sociales fundamentales en el interés de los menos privilegiados y grupos sociales marginados[95]".

Na perspectiva republicana, se sustenta a necessidade de uma Cidadania plena para crianças e adolescentes. Não se admite mais Estados e Sociedades que os deixem em uma situação marginal. Ao contrário este Estado deve ser responsabilizado em sua primordial tarefa de entregar Educação a crianças, que são sim sujeito de direitos, mas dependentes da boa vontade dos adultos[96].

Para melhor visualização dos direitos da criança, se faz indispensável que a norma jurídica fosse criada no intuito de diferenciar crianças e adolescentes dos adultos. Assim apresentam-se modelos específicos de Cidadania para a infância, estabelecendo preparação e aprendizagem para a vida futura, pois "en este sentido, una ciudadanía de igualdad de derechos es considerada problemática, pues implicaria dar a niños y niñas responsabilidad plena, pasando por alto o poniendo en riesgo determinadas características y necesidades específicas que tiene la infância[97]".

Verifica-se que Estados, fundados na República, devem efetivamente proporcionar ao cidadão o Direito à Educação. Termo que não pode ser utilizado por políticos, no caso brasileiro, e de forma ampla a todos os partidos, para simplesmente conseguir votos em eleições, vez que descompromissados com os anseios educacionais para um padrão de educação na linha temporal da existência desde o nascimento, ou para a perfectibilidade do homem singular e da Sociedade

[95] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebel, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 487-488.
[96] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebel, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 489.
[97] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Liebel, Manfred. Ciudadanía desde abajo. Derechos de la niñez y movimentos sociales. **Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 488-489.

brasileira como um todo[98]. De outro modo, Cervera conceitua Educação e entende exclusivamente

> como un proceso en el que niño es el sujeto pasivo que será manipulado por los sujectos activos pertinentes, sus educadores (que pueden ser los padres, los maestros, los representantes del grupo social, etc.), para que pueda desarrollar esas cualidades y, así, vaya asumiendo también los valores del grupo conforme a los que se le está formando. Es una educación , pues, que proviene toda desde fuera de la persona, en la que el niño debe ser guiado y formado a los valores predominantes en el grupo social en el que vive de manera que éstos terminen por constituir su personalidad como adulto[99].

E segue comentando reportando-se a Platão ao estabelecer ligação entre a Educação dos cidadãos e os destinos que se quer para uma cidade, destacando ainda, que a criança pode ter seu caráter modificado pela Educação. Diz ainda que

> en la sociedad más perfecta, la de la comunidad de mujeres e hijos de *La República*, esto implica que toda educación de los niños desde su nacimiento, se realiza en conjunto y es completamente intervenida y supervisada por los gobernantes. En la segunda ciudad en excelencia, la que se proyeta en *Las Leyes*, se admite la existencia de familias y, por lo tanto, que parte de la educación se tiene que hacer dentro de ellas. Pero aun así, se pretende que en los más mínimos detalles los ciudadanos sean educados de igual forma: se establece na conveniência de que incluso las embarazadas sigan em este sentido las indicaciones del legislador, la existencia de inspectoras de crianza que vigilen directamente a los niños de los tres años, y una educación común y pública para todos los ciudadanos desde los seis años[100].

Àqueles que não entregam esse direito à criança estariam sujeitos as consequências da passagem de Platão, quando disse que

> Pero un Estado donde reinan la licencia y la enfermedad no tardarán en hacerse necesarios los tribunales y los hospitales. Y la jurisprudencia y la medicina se verán bien pronto honradas, cuando un gran número de ciudadanos bien nacidos las cultiven con ardor.-? Como no há de ser así?-? Hay en us Estado señal más segura de una mala y viciosa educación que la necesidad de médicos y de jueces hábiles no sólo para los artesanos y pueblo bajo, sino también para los que se se precian de haber educados como hombres libres? ?No es cosa vergonzosa y uma prueba insigne de ignorância el verse forzado a acudir uma justicia extraña por no ser uno mismo justo, y el convertir a los demás em dueños y jueces de su derecho- Nada más vergonzoso- convino.-?No lo es aún mucho más – segui – no sólo pasar casi toda la vida litigando ante los tribunales, sino también, dando muestras de bajeza de sentimientos, jactarse de ello y hacer alarde de ser injusto, como si fuera bueno saber todas las trampas curiales y giros tortuosos, acudir a toda clase de subterfúgios y escapar doblándose como

[98] FREITAG. Barbara. **O Indivíduo em Formação**. 3ª Ed. São Paulo : Cortez Editora, 2001, p. 24.
[99] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.225-226.
[100] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p. 228.

> el mimbre a fin de evitar el castigo, aun en asuntos intrascendentes. Y todo esto se hace porque no se calcula que es infinitamente mejor y más decoroso conducirse de manera que no haya necesidad de acudir a un juez soñolento.-Si, eso aún es más vergonzonso´- afirmo[101].

Por certo esta questão se vincula ao Direito à Educação de crianças e adolescentes, que passam a merecer a atenção plena do Estado, vale-se da lembrança de Cerverá, que se refere ao período de Erasmo (século XVI) para revelar a ligação entre a formação do indivíduo e do bom cidadão. Deve ser conseguida com a máxima autoridade da República que era o princípio norteador, devendo este ter seu espírito humanista e dar prioridade à formação interior que perpassa os caminhos da infância na qual a correta Educação é a premissa maior, principal esperança de uma República. Destaca ainda que "no hay ningún príncipe bueno, si no es un bueno hombre. Si puedes al mismo tiempo ser príncipe y hombre bueno, realiza tan bella función, pero si no, rechaza el principado antes que por su causa de conviertas en hombre malo[102]".

Também na Terceira República francesa de 1875 a 1940 em que a escola era o alicerce, considerada como verdadeiro caminho para aquisição e transferência de valores, tendo ainda entre seus objetivos, o afastamento do poder da igreja católica na Educação (escola laica) de seus cidadãos. Em exemplo, a lei de 22 de março de 1882 na França, reconhece a obrigação escolar para crianças entre 6 a 13 anos, com sanções aos pais que não respeitassem, criando uma nova possibilidade de formação cidadã, ou um chamado novo "catecismo, cuyo fin es inculcarle los valores republicanos, entre os cuales se destaca el principio de meritocracia". Ainda, ocorria a gratuidade da escola, sendo o Estado o garantidor das instituições[103]".

Por outro lado, se vê a necessidade de atuar de forma republicana, e não fazendo, será possível constituir um Estado de dominadores. Nesse sentido Bobbio e Viroli fazem um diálogo em face à República, discutindo questões relevantes para uma abordagem de suas origens, conceitos e possibilidades diante do Estado. Bobbio afirma que "los Estados, republicas incluidas, existen para controlar a los

---

[101] PLATON. **La República o el Estado.** Madrid : Espasa Calpe, 1994, p. 163.
[102] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.223.
[103] PELÉ, Antonio in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; (Dirección). Las Libertades Públicas y el Espíritu Republicano en los principios de la III República Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen III. Madrid : Dykinson, 2007, p. 248-252..

ciudadanos viciosos, es decir, na mayoría. Ningún Estado real se rige por las virtud de los ciudadanos, sino por una constitución, escrita o no, que establece reglas para su conducta, dado por supuesto que por lo general los ciudadanos no son virtosos[104]". Viroli responde a Bobbio, lembrando dois mestres comuns: Maquiavel e Cattaneo que convergem neste ponto ao asseverar que "si no hay ciudadanos despuestos a mantener la vigilancia y a comprometerse, capaces de resistir ante los arrogantes y de servir al bien público, la República muere y se convierte en un lugar donde unos poços dominan y los demás sirven[105].

Nesta seara, verifica-se a primeira tarefa do governante, que se revela no bem-servir seu povo, e para tanto, necessita perseguir o bem comum em uma República, ao ponto de Bobbio afirmar não é o bem particular ou individual que motiva o sentido de Estado. Viroli concorda com tal posicionamento e adverte os governantes para que "persiguen el bien común es el princípio fundamental del pensamiento político republicano . Esta escrito en letras grandes en la pintura de Lorenzetti, en la Sala de los Nueve del Palazzo Publico de Siena, que con razón se considera una gran sísnteses de la teoria del autogobierno republicano: "hacen del bien común su señor[106]". Contribui ainda, ao firmar que o bem comum "no es ni el bien (o el interés) de todos, ni un bien (o un interés) que trasciende los intereses particulares, sino el bien de los ciudadanos que quieren vivir libres de la dependencia personal, y como tal es un bien contrapuesto al bien de quien desea dominar[107]".

Importa ressaltar que o objetivo de uma Constituição republicana não deve ser mera abstração de poderes, mas sim, de um concreto equilíbrio, de forma que se obtenha um governo limitado para o cumprimento da mesma. O resultado desta harmonia entre os poderes serve para mantê-los em seus respectivos âmbitos, segundo a lógica moderna de que o poder freia o poder[108]".

---

[104] BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. Trad. de Rosa Rius Gatell. **Díálogo en torno a la República.** Barcelona : Kriterios Tusquets Editores, 2001, p. 14.
[105] BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. Trad. de Rosa Rius Gatell. **Díálogo en torno a la República.** Barcelona : Kriterios Tusquets Editores, 2001, p. 15.
[106] BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. Trad. de Rosa Rius Gatell. **Díálogo en torno a la República.** Barcelona : Kriterios Tusquets Editores, 2001, p. 43.
[107] BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. Trad. de Rosa Rius Gatell. **Díálogo en torno a la República.** Barcelona : Kriterios Tusquets Editores, 2001, p. 51.
[108] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a nuestros dias.** Madrid : Editorial

No Brasil, a República foi recepcionada pela Constituição de 1891, perpassando as demais constituições, tendo sofrido uma tentativa de ruptura na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não se consolidou em razão de plebiscito realizado em 7 de setembro de 1993, enterrando definitivamente a monarquia neste Estado e perpetuando o republicanismo como norma de eficácia exaurida, fazendo também parte de conceito não modificável por Emendas à Constituição.

Pelo afirmado nesta parte do capítulo 1, importa abordar o ressurgimento do republicanismo, a partir do século XIX, e em realidade se está diante de um guia ideológico, regulador e histórico, tendo valor normativo e intertemporal, influenciando de forma decisiva quanto à orientação e direção dos direitos fundamentais. Os elementos que identificam o republicanismo podem ser identificados como sendo a soberania popular, a laicização, a luta por ideais democráticos, a sujeição à norma jurídica e principalmente a importância da Educação e sua generalização e cultivo das virtudes cívicas e da Cidadania igual. No campo da racionalidade, pode-se somar quando o republicanismo aparece como próprio de defesa do espaço público, unido por uma legislação comum que permite a convivência de homens livres e iguais em dignidade, considerados, cidadãos. Em síntese, é núcleo central de influência dos cenários democráticos, determinando e inferindo-se sobre os direitos civis e políticos (liberal) dos direitos econômicos e sociais (socialismo).

O principio republicano revela o principio federativo e determina a contínua construção do espaço público a partir do interesse da maioria, por acordo comum, que representa ferramenta para a consecução da justiça. Ainda, informa que os cidadãos e a maioria da Sociedade devem ter a República e o principio republicano como seus principais vetores de atuação, realçando sua indelével relevância para a efetivação dos Direitos Sociais atualmente. É dever aseverar que no “El Federalista”, uma Constituição republicana e democrática detém relação equilibrada entre os poderes constituídos. Ademais, República é a forma de governo na qual a Democracia se faz a fusão ao Estado de Direito. Quanto aos Direitos Sociais (Direito à Educação na primeira infância) num pensar republicano podem ser entendidos como conjunto de prestações que o estado deve realizar, colocando os

---

Trotta, 2001, p.108.

indivíduos em condições de igualdade.

Por certo os Direitos Sociais serão reveladores da possibilidade de Cidadania, conceituada neste trabalho como o exercício de direitos dos indivíduos, alavancando uma compreensão mais ampla do republicanismo, partindo do conceito liberal e republicano de Cidadania. Para complementar, não se deve mirar a Cidadania somente como conjunto de direitos, mas interpretá-la em sentido sociológico, definindo-a como resultado das relações sociais e da vida e Sociedade, para uma interpretação dinâmica do que são os direitos.

A forma liberal de Cidadania está à liberdade individual do cidadão, determinando ao Estado a tarefa de regulador e de garantidor da propriedade privada com espaços de atuação do cidadão pela Constituição e normas jurídicas, sendo que em visões neoliberais, a Cidadania chega ao ponto de privatizar por completo as ações que deveriam ser de bem-estar, voltada aos Direitos Sociais.

Assim, no contexto republicano de Cidadania, que obrigatoriamente é social, a esfera pública é prioritária, e a comunidade solidária pertence a todos os cidadãos, sem depender da propriedade privada ou das posições sociais alavancadas pelo indivíduo. Considera ainda que o espaço de ação individual é dependente das posições alicerçadas pelo poder econômico, na esperança de que o Estado intervenha com o claro objetivo de criar maior justiça social. E demonstra ainda, que a liberdade do indivíduo está na possibilidade de atuar de maneira constante e ampla dos assuntos públicos.

Ao analisar a visão republicana de Cidadania, tem-se a visão inversa da política e do direito. Os direitos fundamentais são considerados produto do processo político e derivativos de normas que incluem os individuos dentro da participação do proceso político.

Percebe-se que essas concepções (neo) liberal e republicana vêm sendo acrescidas da fala de uma Cidadania Ativa. Esta estimula os cidadãos a não se constituírem simples receptores passivos de prestações do Estado, mas de cidadãos ativos no entorno social, com a dilação de ações e possibilidades, detendo influência nas decisões políticas de atuação do Estado.

A ideia republicana de Cidadania Ativa é reveladora contemporaneamente, pois no caminhar do Século XXI, por razões óbvias e reveladas, nota-se, como exemplo, a distribuição social e relações entre Estado e Sociedade, ingredientes possíveis, através de uma participação social e política maior. Constitui ainda, referência para as transformações sociais de sujeitos de direitos que fazem os reclames de seus Direitos Sociais, por exemplo.

Fundamental refletir que o conceito de educação para crianças em uma Cidadania Ativa apresenta-se como processo de adultos, quer educadores, pais, representantes do grupo social ou Estado que ao assumerem os valores da profressividade infantil, manipulam e guiam a infância com valores e políticas públicas para construção da personalidade resultante, quando adultos.

Importa ressaltar que o objetivo de uma Constituição republicana não deve ser mera abstração de poderes, mas sim, de um concreto equilíbrio, de forma que se obtenha um governo limitado para o cumprimento da mesma. O resultado desta harmonia entre os poderes serve para mantê-los em seus respectivos âmbitos, segundo a lógica moderna de que o poder freia o poder.

Assim, se verificou a relevância do republicanismo para a efetivação do Direito Social à Educação na Primeira Infância que pode representar a transformação do atual Estado brasileiro que permanece inerte e omisso no cumprimento dos preceitos referidos e nas diretrizes do Estado Democrático de Direito e Social, bem como as bases para uma premissa obrigatória do republicanismo assentado na Cidadania Ativa. Parte-se agora para o pacto federativo, como alicerce de efetivação de direitos, e fundamental para o propósito desta tese.

1.3 Do Federalismo ao Federalismo Assimétrico como Instrumento de Efetividade de Direitos

Respeitando os preceitos históricos, o marco teórico para o estudo da Federação e o Federalismo Assimétrico assumem seus valores para a construção de um Estado Democrático de Direito em que o Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil é premissa basilar, passa necessariamente pela Idade Moderna e sua instauração nos Estados Unidos da América.

O Constitucionalismo dos Estados Unidos da América teve como marco referencial de construção federal a obra intitulada de “O Federalista”, que influenciou de forma decisiva, nos processos de ratificação da Constituição por seus Estados. Apesar das primeiras ratificações terem ocorrido em menos de dois meses e com forte maioria, como em Delaware, Pennsilvania e New Jersey, vários Estados apresentaram objeções ao novo texto, em razão da ausência de uma carta de direitos. Nova Iorque foi o que apresentou maior objeção e, mesmo que chegasse ao número de nove ratificações, sua adesão a nova forma de governo era fundamental, devido a sua importância econômica, territorial e populacional. Logo após a distribuição do texto constitucional, foram publicados com pseudônimos de “Cato” e “Brutus”, considerando-a como centralista e absolutista. Como resposta surgiu a ideia de Alexander Hamilton que publicou nos periódicos de New York um artigo intitulado “The Federalist” com o pseudônimo de Publius, prometendo esclarecer as dúvidas advindas da Constituição. Para tal tarefa, Hamilton recebeu a ajuda de James Madison e John Jay, sendo que entre outubro de 1787 e agosto de 1788 publicaram 77 artigos com mesmo título e pseudônimo. Todos estes artigos foram publicizados no final de 1788 em dois volumes com o título “The Federalist”, uma Coleção de Ensaios em favor da nova Constituição[109]. E destaca-se que sua proposta era “convencer els antifederalistes que el Gover Federal proposat estará proun constret pel federalism i la distribució de poderes per a protegir les competences dels estats i els drets dels individuo[110]”.

Pensavam os antifederalistas que a Constituição estabeleceria um sistema muito centralizado e poderoso em detrimento de seus Estados, além da falta de uma carta de direitos, que na opinião dos federalistas não era necessário, vez que estavam presentes nas constituições dos Estados federados, sendo suficiente para a proteção das liberdades individuais. Esse problema era relevante já que um dos motivos para criação da confederação era justamente reconhecer um único texto que reconhecesse os direitos, as liberdades naturais e a limitação do poder. No dia 1º de março de 1792, Thomas Jefferson anunciou a aceitação das dez primeiras emendas, completando o caminho constitucional que foi revelado por um processo

[109] GRAU, Luis. **El Constitucionalismo Americano**. Madrid : Universidad Carlos III de Madrid, 2011.p. 97-98.
[110] MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **El Federalista**. Barcelona : Institut d’Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2009, p. 41**.**

histórico que se compõe de atos e textos, como o Congresso de Albany (1754), o Congreso de “la Ley del Timbre” (1765), o Primeiro Congresso Continental (1774), o Segundo Congresso Continental (1775), e os “Artículos de Confederación y Unión Perpétua” (1777, con entrada en vigor en 1781)[111]”.

O Federalismo estadunidense fundou-se pela urgência de aprimoramento da nação de forma pragmática e urgente, não se espelhando em teoria política de descentralização, passível de aplicação em um sistema de governo republicano. Os ideais, estabelecidos pelos fundadores dos Estados Unidos, foram revelados pela possibilidade de aplicação dos princípios republicanos sem retirar ou suprimir a autodeterminação e autonomia dos entes locais, deixando claro que o aspecto revolucionário de sua Constituição estava assentado na soma e harmonia do Federalismo e republicanismo. Poderia se imaginar que seus maiores triunfos seriam o republicanismo, a independência ou mesmo a declaração de direitos. Porém, sua maior contribuição se baseou no Federalismo, mesmo que “a los ojos de los europeos del siglo XVIII, la tentativa de aliar Federalismo y republicanismo en un territorio tan vasto como desconocido, equivalia a una incitación a la peor de las catástrofes[112]”.

Ao se analisar a experiência constitucional que aconteceu nas colônias angloamericanas em razão da declaração de independência e no próprio texto de 1787, revelam três contribuições jurídico-políticas de “singularidad extraordinária e indiscutible trasncendencia para o tronco comum do constitucionalismo ocidental: el sistema federal (deferal system), un sistema de distribuición y equilíbrio de poderes (checks and balances) en el que el ejecutivo se atribuía a un Presidente de carácter electivo, y el control judicial de la constitucionalidad (judicial review of legislation)[113]”.

Notadamente, foram muitas contribuições do Federalismo, e entre elas,

---

[111] DE ASÍS ROIG, Rafael e outros in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Colonias de Norteamérica y las Enmiendas a la Constituición in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo II:siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, p. 54-55.

[112] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 16-17.

[113] VALDÉS, Roberto Blanco in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). El Constitucionalismo de la Revolución Liberal: las dos orillas in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 333.

destacam-se: a estrutura de controle para concentração dos poderes ou de um governo central; um sistema que garante a autodeterminação e liberdade dos entes locais; uma estrutura constitucional que permite o agregar suas unidades sem destruir a soberania ou identidade nacional; a preservação de pequenas Democracias no seio de Democracias mais importantes; um meio de por fim as burocracias excessivas, com a descentralização e colocação de autoridades próximas ao controle do cidadão; e, como forma de outorgar aos cidadãos, as possibilidades de participar dos processos de decisão em nível local[114].

Com o devido destaque, o Federalismo estadunidense influencia nos direitos do indivíduo, em face ao princípio da dupla soberania que permite aos Estados federados atuarem com independência em relação aos direitos do indivíduo dentro de seu próprio território. A título de exemplificação,

> En general, en los Estados federales hay, o bien unas garantías uniformes relativas a las libertades civiles, protegidas por tribunales constitucionales, como en Alemania; o bien al "reconocimiento de distintos tipos de libertades" em función de cada Estado Federado, como el caso de Suiza. Así, por ejemplo, aunque la Constituición suiza garantiza las libertades fundamentales en matéria religiosa, la naturaleza de estas libertades varia de un cantón a outro. En virtude de la Constituición de los Estados Unidos, el Gobierno federal debe garantizar "una forma de gobierno republicano" para todos y cada uno de los Estados miembros. Idéntica garantía aparece en las constituciones de Suiza y de la República Fedeal Alemana. Estas garantías son conparables a alas que ofrecen otros sistemas de gobierno democrático, con los que Suiza y la RFA conparten, dicho sea de paso, una visión similar de la cuestión[115].

O Federalismo americano constitui-se em descoberta única e excepcional, alicerçada nas ideias de seus fundadores que ligaram conceitos teóricos da Democracia e do direito natural às ideias pragmáticas, revelando a diversidade e evitando a unidade, plasmado em uma soberania desdobrada. No século XIX, influenciou a Constituição suíça e o Império Germânico. A partir do século XX, adquiriu maior força servindo de exemplo para confederação, organizações internacionais e também a Estados regionais que possuem

---

[114] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 12.

[115] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 29-30.

território[116].

No Brasil, a Federação tem relevo e importância desde 1891, modificando a forma de ser do Estado, convertendo-se em Estado Federal. Na época, Jellinek textuou que "se puede transformar un Estado unitário en federal, como lo han mostrado recientemente los Estados Unidos de Brasil. Aquí fueran creados los Estados miembros, mientras que el Estado central ya existia, y mediante la organización federal que recebió, tuvo lugar un cambio constitucional[117]".

No aspecto conceitual, deve-se observar que para a teoria do Estado Federal, a palavra legitimidade tem força e significa integração[118], possibilitando uma abertura do pacto normativo em favor dos entes de forma que permita distinções e diferenciações na atenção a questões individuais.

Somada a conceituação de integração, verifica-se que na essência do Estado Federal deve haver uma Constituição escrita que expresse a distribuição de competências, vinculando toda autoridade da Federação, lembrando que "si há de garantir la distribuició competencial y se la Constitución que expressa la distribuició ha de ser vinculant tanto per el govern federal con per al dels estats[119]". Neste mesmo sentido, "lo que El Federalista describía y sostenía era por ello una Constitución republicana, democrática en lo que atañía su fundamentación, moderada y equilibrada en lo que ateñia a la articulación de los poderes previstos y disciplinados es esa constitución[120]".

Outra conceituação fundamental para o Federalismo é a que esta afirmada pelo Tribunal Constitucional Alemão. Esta reconhece o principio do dever estatal, quando assevera a necessidade de defender a vida do nascituro contra ameaças a este bem jurídico, representadas por um aborto. Tal defesa revela o dever mais amplo do Estado de proibir determinada conduta privada interrompendo

---

[116] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 38-39.

[117] JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000, p. 768.

[118] SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Madrid : Centro de Estudos Constitucionales, 1985.p. 176.

[119] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 59.

[120] FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001, p.107.

a gestação[121].

Neste prosseguir, denota-se que a Constituição suprema é essencial para o governo federal e a Constituição escrita revela aqueles governos que querem funcionar bem[122]. Mais: o Federalismo aparece como solução constitucional para o problema das minorias e como meio para criação inclusive de novas organizações internacionais ou supranacionais. Outra característica para entendimento de sua complexidade e aceitação de um consenso de diversidade reside em sua concepção pragmática e aberta, onde que um Estado apresenta poderes divididos e soberanias compartilhadas, tendo como ponto de partida, depois de Hobbes no Federalismo americano[123].

Importa ainda relatar sobre a jurisdiçao constitucional que é o meio existente para resolver conflitos federais, sendo que no exemplo alemão, o Tribunal Constitucional é o mais relevante. Em linhas gerais, Grimm diz que

> existe una cierta afinidad entre jurisdicción constitucional y Federalismo. En diversos países, el nacimiento de la jurisdicción constitucional se há dado en paralelo al establecimiento de un sistema federal. Em los Estados Unidos, en Suiza, en Alemania, los tribunales constitucionales, o la competencia constitucional de algunos jueces ordinarios, han sido creados en tanto que medios resolvan los conflictos entre los miembros del Estado federal. Sólo más tarde estas jurisdiciones han ido adquiriendo otras competencias[124].

No mesmo viés, a multiplicidade e a pluralidade que ocorrem nos pactos federativos, revelam na verdade, sua unidade e respeito pelas peculiaridades existentes em cada ente, desejando que sua manutenção seja perpetuada pela realização de seus propósitos e preceitos de forma efetiva. Assim, se revela o Federalismo Assimétrico em que

> On la unitat és la característica predominant i la tendência de la vida, on la unitad del món és ferventment desitjada, el federalisme ofereix multiplicitat i pluralitat. A això jo respone que la simple unitat no és una virtud en ella mateixa: que si una economia a gran escala en el món modern fa que tor el

[121] SCHWABE, Jurgen. Trad. Beatriz Hennig e outros. **Cinquenta Anos de Jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo : Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 84.
[122] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 164.
[123] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La Influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 9.
[124] GRIMM, Dieter in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Alemán: Desarrollo Histórico y Problemas Actuales** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 45.

> pueble sigui un, no cal debuir d'aixo que sigui una tendência bona o una tendência que hagués de ser recolzada pels governs i estesa a totes les esferas de la vida (...) pero el govern federal (...)no representa nomes la multiplicitat, sino que representa la multiplicitat en la unitat[125].

Questão que merece elucidação dentro do Federalismo é a da obrigatoriedade de auxílio mútuo, que seus entes têm que prestar. Em exemplo, no Tribunal Constitucional Federal Alemão foram apresentados deveres jurídicos concretos e, entre eles está a cooperação financeira horizontal, que reparte as receitas tributárias. Neste sentido, "o principio do Estado federal fundamenta segundo sua essência, não apenas direitos, mas também obrigações. Uma dessas obrigações estabelece que os Estados federados financeiramente mais fortes, devem prestar ajuda, dentro de determinados limites, aos Estados federados mais fracos (BverfGE 1, 117 (131)[126]".

Estabelecidos conceitos que estruturam a Federação, se afirma que, em um governo federal se apresenta a distribuição de funções entre autoridades coordenadas, as quais não estejam subordinadas nem no âmbito de suas funções[127].

Num governo federal tem-se a capacidade regular as questões locais e ao mesmo tempo "està disposada a deixar un parlament nacional no solament la facultat de refutar els afers nacionals, sino també la de regular afers locals si ho considera escaient, és a dir, una supremacia potencial sobre totes las matèries, siguin quines, en el territori, llavors n'hi hauria prou amb un sistema de delegació"[128].

Importantes noções de Federalismo levam a crença que possa haver sempre uma possibilidade de sistema, em que permita uma centralização institucional em um mundo, que por razões sociais, técnicas e econômicas respeitará a autonomia das comunidades locais, favorecendo a diversidade. Sua influência não é reveladora de uma concepção de Estado, mas sim de uma visão mais pragmática de soberania que pode ser partilhada por diversos entes. Esta

---

[125] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 47.
[126] SCHWABE, Jurgen. Trad. Beatriz Hennig e outros. **Cinquenta Anos de Jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo : Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 824.
[127] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 56.
[128] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 56-57

visão pragmática se ajusta melhor à realidade contemporânea nacional e internacional, que os postulados do contrato social de Hobbes. Assim,

> El Federalismo, factor pragmático de reorganización y de reparto del poder estatal, puede representar una ayuda para el constitucionalismo moderno al ofrecer modelos basados en una soberanía divisible y compartida por diferentes entidades. El Federalismo presenta notables puntos de unión con la Democracia. En los países donde los sistemas democráticos locales están bien implantados, las estructuras federales y las fuerzas descentralizadoras tendrán un efecto mayor que en aquellos otros en los cuales es el Parlamento y no el pueblo quien toma las decisiones a nivel local[129].

Também é necessário fazer uma distinção entre Estado Federal e Confederação. Assim para Pergola "el Estado Federal es un Estado verdadero y próprio en el que los miembros integrantes son simplesmente autônomos; la confederación es una unión de Estados que mantienen su soberania" [130]. Na federação o governo atua diretamente sobre o povo e na confederação o governo atua sobre os governos locais, que atuam sobre o povo, a exemplo dos Estados Unidos da América. No caso, "El govern general establert per la Constitució de 1787 operaria directamente sobre el poble tal con feien els governs regionals[131]". Em se tratando da Declaração de Direitos, sempre dirigida pelo governo federal, não incluia nenhuma garantia dos direitos individuais dos Estados federados. Atualmente os direitos dos indivíduos são homogeneizados, fazendo com que os Estados federados tenham as mesmas proteções, que por sua vez, são oferecidas também pelo governo federal, fazendo com que o Federalismo dos Estados Unidos da América possa estabelecer, por seus entes, proteções maiores que as estabelecidas na esfera Federal[132].

Num outro olhar, indaga-se sobre o Futuro do Federalismo, com afirmações de superação, propondo a substituição do Federalismo cooperativo por um Federalismo competitivo. Gil textua que "las voces que claman por un modelo de Federalismo competitivo que sustituya al vigente y agonizante modelo de

---

[129] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 38-39.
[130] PERGOLA, Antonio La. **Los Nuevos Senderos del Federalismo.** Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 24.
[131] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 90-91.
[132] WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008, p. 90-91.

Federalismo cooperativo (...) con su instauración los poderes públicos no sólo se verán obligados a actuar de modo más cercano a los ciudadanos, sino que además se conseguirá un fortalecimiento de la responsabilidad propia de cada uno de ellos u, en consecuencia, una concurrencia de los Lander y de los municipios entre si[133]".

Por certo, o Federalismo se constitui em caminho e marco de estruturação dos poderes públicos e tomada de decisões, que estão sempre dispostas a modificações e evolução, adaptando-se ao momento histórico de cada Estado com as melhores ferramentas jurídicas para atender as demandas dos cidadãos que habitam cada parte de seu território. Em definitivo, é um movimento político, disposto normativamente que equilibra competências e funções de seus entes, compreendendo que somente aquelas sociedades que tenham compreendido e estejam dispostas a compreender sua forma poderão organizar-se em um Estado, com a qualidade da federação. Assim, só poderá haver um Estado Federal onde uma Sociedade federal o sustente[134].

Outra questão que contribui para o tema do Direito Social à Educação na Primeira Infância diz respeito ao exemplo dos Estados Unidos da América em que o princípio da igualdade em matéria educativa tem consequências distintas nos seus sistemas. Segundo sua Constituição, a Educação não é matéria federal, mas o Senado normatiza fundos especiais, sempre respeitando as assimetrias entre seus Estados, que poderão atuar e normatizar para que a Educação seja plena e com recursos suficientes[135].

Trazendo a perspectiva do Estado Democrático de Direito e Social do Republicanismo e da Federação, se faz imprescindível visualizar o Estado brasileiro como possível agente de transformação da Sociedade em que crianças possam ser assistidas pelo Direito à Educação com vagas na primeira infância.

A CRFB/1988 apresenta, em sua estrutura, os entes federados que são: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Tal afirmação, num primeiro momento,

---

[133] GIL, Antonio Arroyo. **El Federalismo Alemán en la Encrucijada.** Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p 156-157.
[134] GIL, Antonio Arroyo. **El Federalismo Alemán en la encrucijada.** Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p 178.
[135] FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La infliuencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa.** Barcelona : Hacer Editorial, 1993.p. 32.

gera críticas em face de que o Federalismo estaria vinculado à reunião de Estados para sua composição, levando-se a conclusão que este tipo de Federação que tem o Município como partícipe seria anômala e diferente dos precursores estadunidenses.

Quando depara-se com a presença do Município no pacto federativo, Bonavides[136] alerta que "alargaram o raio de autonomia municipal no quadro da organização política brasileira, dando-lhe um alcance e profundidade que o faz indissociável da essência do próprio sistema federativo", estabelecendo uma dimensão trilateral de um novo modelo de federação, recepcionado em 1988.

Com as assertivas expostas é dever afirmar que a Federação brasileira pode ser anômala, mas os Municípios se constituem em entes federativos na estrutura estatal brasileira, tornando-se por si só um grande agente da consolidação democrática e um centro cívico importante para a realização dos direitos infanto-juvenis.

Inclusive, quando se analisa na esfera do pacto federativo, as Constituições Estaduais, no caso do Estado de Santa Catarina, em seu art. 110[137] define o Município, integrante do Estado federado, com autonomia política, administrativa e financeira, ou seja, com características básicas de ente federado.

Passando a análise de uma utilidade prática do pacto federativo na CRFB/1988 em relação aos direitos fundamentais, e, por conseguinte, aos Direitos Sociais, e por conseguinte, o Direito à Educação (na primeira infância), destaca-se a existência de um Federalismo Assimétrico no Brasil que nada mais é do que a busca do equilíbrio, da cooperação, do consenso da divergência e entendimento entre as ordens jurídicas estruturadas, perante o poder central. Por um lado podem não ser tão claras, mas que em muitos casos o interesse de uns sobrepõe-se às necessidades de muitos. Por isso são depositadas nas constituições as normas destinadas a minorar essas diferenças. Se pode afirmar que trata-se de reduzir desigualdades por este caminhar que leva a luta dos direitos de igualdade ao que

---

[136] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006, p. 344.

[137] BRASIL. Estado de Santa Catarina. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Art. 110. O Município é parte integrante do Estado, com autonomia política, administrativa e financeira, nos termos da Constituição Federal e desta Constituição. http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/constituicaoestadual.php. Acesso em 27 de janeiro de 2015.

Fioravanti considera, “la igualdad, más allá de legalidade, se ha convertido en una materia puramente política. La ley infunde la medida y solo esa medida que estará determinada por la concepción de la sociedad que prevalezca en la lucha política[138].

Importa ressaltar que o Federalismo Assimétrico se constitui em verdadeiro instrumento, colocado à mão dos entes federativos e dos poderes públicos para atribuir Efetividade ao direito social à educação na primeira infância no Brasil. Àqueles que compreenderem a utilidade prática do Federalismo proposto pelo texto constitucional vigente, tem em suas mãos verdadeira ferramenta para normatizar causas em prol da sociedade e da Democracia. Federalismo que impõe a produção da norma e outras escolhas “ sobre as quais essa produção é realizada são submetidas a limites preestabelecidos, ou seja, a validade das normas se mensura não apenas no seu caráter formal de produção, mas, acima de tudo, ao seu aspecto de conteúdo material, a validade propriamente dita, devendo ser condizente com os direitos incorporados na base da Constituição, vale dizer, os direitos fundamentais[139].

Federação esta, que tem na categoria competência, uma das maiores expressões do texto constitucional. Tem ainda, a harmonização dos poderes e de seus entes e pelo caminho da divisão de competências constitucionais legislativas e não legislativas para alcançar os propósitos do Estado Democrático de Direito e social, que permeiam a Efetividade dos direitos fundamentais apregoadas nesta, mas principalmente a responsabilidade dos poderes constituídos no cumprimento obrigatório dos preceitos constitucionais, especialmente no trato dos direitos infanto-juvenis.

Retoma-se agora a outros aspectos relevantes, decorrentes do pacto federativo, merecendo destaque: a) isonomia; e b) simetria. A isonomia tem a possibilidade de enquadramento dos entes federados aos preceitos normativos fixados principalmente no texto constitucional que possuem o condão de

---

[138] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: Experiências históricas y tendências actuales.** Madrid : Editorial Trota, 2014, p. 118-119.

[139] CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga . **A Teoria do Direito entre Neoconstitucionalismos e Garantismo e a Proteção à Democracia**. Http://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/fab049601bee4ee924a7748c78505570.pdf., p.78. Acesso em 20 de maio de 2016.

fundamentar a validade do ordenamento jurídico nacional, inserindo-os numa perspectiva de igualdade perante e diante da norma jurídica. A simetria traduz a ideia de que há um fator que vincula os poderes constituídos com premissas reais e concretas, e ainda os posicionam para um mesmo ponto, no desejo de tornar aplicável o texto constitucional por todos os entes federativos, enquanto durar a CRFB/1988.

Ainda há que comentar sobre a autonomia constitucional, prevista no artigo 18[140] da CRFB/1988 expressando o cerne do Federalismo contemporâneo que consiste na realização plena da independência e harmonia dos poderes constituídos, numa seara interna e relacional dos entes federados, possibilitando o pleno exercício de sua liberdade política, pautada e assentada no respeito à CRFB/1988.

Desta forma pode-se afirmar que o pacto federativo brasileiro permeia-se de integração e respeito entre os seus entes, mas acima de tudo, de harmonia, independência, isonomia, simetria, competência e principalmente autonomia como instrumentos necessários para praticar a Efetividade dos direitos fundamentais, um grande problema contemporâneo que merece destaque e estudo.

Ainda pode-se destacar a autonomia das entidades que compõe o pacto federativo brasileiro, porque legislam de acordo com suas competências, fazendo o respectivo direito.

Se num primeiro momento essas diretrizes levam para uma possível solução destas demandas concernentes aos direitos fundamentais, contata-se que o Federalismo proposto no texto constitucional infere reflexões ainda mais fortes e vindouras, trilhando agora pela categoria do Federalismo Assimétrico, com o objetivo de tornar efetivo o direito social à educação na primeira infância, com deveres e obrigações constitucionais a serem consideradas como responsabilidade do Estado.

Neste sentido, é dever examinar o preceito constitucional para afirmar e asseverar que a República e a Federação possuem objetivos claros e precisos,

[140] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 18 - Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p.21.

como dispõe em seu artigo 3º[141], possibilitando que a norma jurídica seja produzida, reduzindo desigualdades sociais e regionais, bem como promovendo o bem de todos, compreendendo isto, como alicerce para efetivação dos Direitos Sociais e infanto-juvenis, gerando assim o verdadeiro desenvolvimento nacional.

Com isto, se impõe nova conduta aos entes federados que deverão fazer uma nova política pública, assentada na dignificação da criança e adolescente como verdadeiros sujeitos de direitos, fazendo-nos crer que crianças e adolescentes de hoje serão adultos em perspectiva, e possam compreender o significado prático da palavra Democracia, advinda de um pacto social chamado de Constituição de uma República Federativa. Por isso a importância da palavra autonomia destes entes que revelam simplesmente preceito implícito por fazerem parte do norte federativo.

Pode-se então refletir que, se os entes federados possuem competências constitucionais específicas e ordenadas, devem sim atuar no sentido de cumprir os preceitos constitucionais, e com a tarefa de criar mecanismos de dar cumprimento a uma Constituição que não pode mais ser considerada programa ou promessa, e sim realidade imposta depois de mais de um quarto de século de promulgação da CRFB/1988. Para tanto, ao exprimir o princípio republicano e o pacto federativo, deve-se ainda ressaltar que são princípios pétreos, não podendo ser alterados por emendas.

Indispensável afirmar que as estruturas federativas, com seus poderes constituídos precisam se postarem de forma ativa para a concretude dos direitos fundamentais, exigidos pela Sociedade brasileira, e especialmente, quanto ao direito social à creche por crianças que clamam por um olhar obrigatório deste Estado, fundado na República e Federação, com a tarefa de cumprir as obrigações constitucionais decorrentes destes direitos.

A Federação como forma de Estado é destacada como referente institucional que possibilita a inclusão do Município como ente federado, a

[141] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 2.

distribuição de competências federativas, a descentralização da atuação de seus entes, e, acima de tudo, a existência de um Federalismo Assimétrico que pode sim, ser uma ferramenta de utilidade pragmática na defesa dos Direitos Sociais e infanto-juvenis, contemplados nos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente.

Por certo, a análise da CRFB/1988 evidencia que os Direitos Sociais e infanto-juvenis se constituem em realidade recente, na esfera dos direitos fundamentais, mas que agora são agregados por duas categorias, com o dever político-jurídico de se constituírem em alicerces de sua Efetividade, consagrando a revelação de um Estado que busca ser democrático de direito e social, sendo elas: República e Federação.

No que tange aos Direitos Sociais e infanto-juvenis constata-se que a CRFB/1988 é incisiva ao evidenciar e ressaltar a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, direcionando aos poderes públicos a necessidade de atendimento as suas demandas com preferência e prioridade na execução das políticas públicas, que indubitavelmente passam pelo princípio republicano e federativo.

Como visto, o Federalismo é elemento fundante deste recorte do capítulo 1, sendo que o Constitucionalismo dos Estados Unidos da América teve como marco referencial de construção federal a obra intitulada de “O Federalista”, que influenciou de forma decisiva, nos processos de ratificação da Constituição por seus Estados.

O Federalismo estadunidense fundou-se pela urgência de aprimoramento da nação de forma pragmática e urgente, não se espelhando em teoria política de descentralização, passível de aplicação em um sistema de governo republicano. Os ideais, estabelecidos pelos fundadores dos Estados Unidos, foram revelados pela possibilidade de aplicação dos princípios republicanos sem retirar ou suprimir a autodeterminação e autonomia dos entes locais, deixando claro que o aspecto revolucionário de sua Constituição estava assentado na soma e harmonia do Federalismo e republicanismo.

Notadamente, foram muitas contribuições do Federalismo, e entre elas, destacam-se: a estrutura de controle para concentração dos poderes ou de um governo central; um sistema que garante a autodeterminação e liberdade dos entes

locais; uma estrutura constitucional que permite o agregar suas unidades sem destruir a identidade nacional e um meio de por fim as burocracias excessivas, com a descentralização e colocação de autoridades próximas ao controle do cidadão; e, como forma de outorgar aos cidadãos, as possibilidades de participar dos processos de decisão em nível local, no caso brasileiro em tela, os próprios Municípios.

No Brasil, a Federação tem relevo e importância desde 1891, modificando a forma de ser do Estado, convertendo-se estado Unitário em Estado Federal. No aspecto conceitual, deve-se observar que para a teoria do Estado Federal, a palavra legitimidade tem força e significa integração, possibilitando uma abertura do pacto normativo em favor dos entes de forma que permita distinções e diferenciações na atenção a questões individuais, como grande manifesto para o exercício das assimetrias.

Somada a conceituação de integração, verifica-se que na essência do Estado Federal deve haver uma Constituição escrita que expresse a distribuição de competências, vinculando toda autoridade da Federação.

Outra conceituação fundamental para o Federalismo é a que esta afirmada pelo Tribunal Constitucional Alemão, onde reconhece o principio do dever estatal, quando assevera a necessidade de defender a vida do nascituro contra ameaças a este bem jurídico, representadas por um aborto. Tal defesa revela o dever mais amplo do Estado de proibir determinada conduta privada interrompendo a gestação. Com isto o guardião da Constituição no Brasil, por paralelo, tem o dever de dar guarida ao direito social à educação na infância, sonegado pelos demais poderes constituídos.

Neste norte, um governo federal tem-se a capacidade regular as questões locais e ao mesmo tempo as questões dos demais entes federados de forma equilibrada, dentro das competências e atribuições de cada ente

Outra questão que contribui para o tema do Direito Social à Educação na Primeira Infância diz respeito ao exemplo dos Estados Unidos da América em que o princípio da igualdade em matéria educativa tem consequências distintas nos seus sistemas. Segundo sua Constituição, a Educação não é matéria federal, mas o Senado normatiza fundos especiais, sempre respeitando as assimetrias entre seus

Estados, que poderão atuar e normatizar para que a Educação seja plena e com recursos suficientes.

Trazendo a perspectiva do Estado Democrático de Direito e Social do Republicanismo e da Federação, se faz imprescindível visualizar o Estado brasileiro como possível agente de transformação da Sociedade em que crianças possam ser assistidas pelo Direito à Educação com vagas na primeira infância.

Com as assertivas expostas é dever afirmar que a Federação brasileira pode ser anômala, mas os Municípios se constituem em entes federativos na estrutura estatal brasileira, tornando-se por si só um grande agente da consolidação democrática e um centro cívico importante para a realização dos direitos infanto-juvenis. Inclusive, quando se analisa na esfera do pacto federativo, as Constituições Estaduais, no caso do Estado de Santa Catarina, define o Município, integrante do Estado federado, com autonomia política, administrativa e financeira, ou seja, com características básicas de ente federado.

Passando a análise de uma utilidade prática do pacto federativo na CRFB/1988 em relação aos direitos fundamentais, e, por conseguinte, aos Direitos Sociais, e por conseguinte, o Direito à Educação na Primeira Infância, destaca-se a existência de um Federalismo Assimétrico no Brasil que nada mais é do que a busca do equilíbrio, da cooperação, do consenso da divergência e entendimento entre as ordens jurídicas estruturadas, perante o poder central

Importa ressaltar que o Federalismo Assimétrico se constitui em verdadeiro instrumento, colocado à mão dos entes federativos e dos poderes públicos para atribuir Efetividade ao direito social à educação na primeira infância no Brasil. Àqueles que compreenderem a utilidade prática do Federalismo proposto pelo texto constitucional vigente, tem em suas mãos verdadeira ferramenta para normatizar causas em prol da sociedade e da Democracia.

Neste sentido, se vê o preceito constitucional em seu art. 3°, já citada, para afirmar e asseverar que a República e a Federação possuem objetivos claros e precisos, possibilitando que a norma jurídica seja produzida, reduzindo desigualdades sociais e regionais, bem como promovendo o bem de todos, compreendendo isto, como alicerce para efetivação dos Direitos Sociais e infanto-

juvenis, gerando assim o verdadeiro desenvolvimento nacional.

Indispensável afirmar que as estruturas federativas, com seus poderes constituídos precisam se postarem de forma ativa para a concretude dos direitos fundamentais, exigidos pela Sociedade brasileira, e especialmente, quanto a Efetividade Social à Primeira Infância no Brasil que clamam por um olhar obrigatório deste Estado, fundado na República e Federação, com a tarefa de cumprir as obrigações constitucionais decorrentes destes direitos.

A Federação como forma de Estado é destacada como referente institucional que possibilita a inclusão do Município como ente federado, a distribuição de competências federativas, a descentralização da atuação de seus entes, e, acima de tudo, a existência de um Federalismo Assimétrico que pode sim, ser uma ferramenta de utilidade pragmática na defesa dos Direitos Sociais e infanto-juvenis, contemplados nos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente. Com isto, direcionam os poderes públicos a necessidade de atendimento as suas demandas com preferência, prioridade e privilégio na execução das políticas públicas.

Por certo, a análise da CRFB/1988 evidencia que os Direitos Sociais e infanto-juvenis se constituem em realidade recente, na esfera dos direitos fundamentais, mas que agora são agregados por duas categorias, com o dever político-jurídico de se constituírem em alicerces de sua Efetividade, consagrando a revelação de um Estado que busca ser democrático de direito e social, sendo elas: República e Federação.

Pode-se afirmar que os princípios republicano e federativo se constituem em ferramentas indispensáveis à construção democrática, devendo ser utilizados pelos poderes públicos, em suas atuações com o intuito claro de atender a doutrina da proteção integral de crianças e adolescente brasileiros, vez que sua tarefa é sim atribuir Efetividade ao Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil. O próximo ponto fará a abrodagem sobre a imprescindibilidade dos direitos fundamentais a efetivação dos Direitos Sociais.

1.4 Os Direitos Fundamentais como alicerce de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância

Estabelecidas as premissas basilares do Estado Democrático de Direito e Social e a relevância da República e Federação, faz-se mister vincular esta forma e estrutura para atendimento dos direitos fundamentais, tão destacados a partir da Idade Moderna e cobrados nos dias atuais, principalmente, quanto a Efetividade do Direito à Educação na primeira infância no Brasil.

Para tanto se visualiza quanto aos direitos fundamentais

> Em nosso País, ainda que quantitativamente são muitos os estudos no tema dos direitos fundamentais, pensamos que não é dada devidamente a importância que tem o assunto, principalmente devido a relevância da matéria para o desenvolvimento de determinados valores em Sociedade – infelizmente desprezados – e a riqueza do texto constitucional de 1988 no que se refere aos direitos. Infelizmente a fundamentação dos direitos fundamentais em nosso meio está muito relegada ao contexto da teoria liberal, esquecendo a evolução dos direitos desde as teorias socialistas e democráticas. Parece que existe um receio ou um preconceito quanto a perspectiva socialista dos direitos ou mesmo ao contrário quanto a perspectiva liberal pelos defensores do socialismo. Já é hora de dar fim aos preconceitos ideológicos, pois ambas as ideologias estão na base dos direitos fundamentais, ou de uma cisão integral dos mesmos[142].

O termo direito fundamental apareceu na França ao redor do ano de 1770, representado em marco do movimento político e cultural, dirigido à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Também recebeu reflexos na Alemanha, onde abaixo da denominação de “los Grundrechte” se há articulado, de modo especial “trás la Constituición de Weimar de 1919, el sistema de relacionos entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo orden jurídico-político[143]”. E este passou a ser o sentido na atual Lei Fundamental da República Federal da Alemanha promulgada no ano de 1949.

Para Garcia, no trânsito à modernidade as estruturas do mundo medieval serão progressivamente substituídas por umas novas, ainda que algumas permanecerão até as revoluções liberais do século XVIII. Ao longo do período em questão é quando se formará a, chamada pelo professor Peces-Barba, filosofia dos

---

[142] GARCIA. Marcos Leite; Mello, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política. Itajaí, v. 4, nº 2, 2º quadrimestre de 2009, Disponível em www.univali.br/direitoepolítica, p. 296.

[143] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 25.

direitos fundamentais como aproximação moderna da dignidade humana, em meio das feições características das mudanças que se influem e se entrelaçam[144].

Ponto referente no Século XIX, como consolidação dos direitos fundamentais, ocorre quanto do destaque de um direito fundamental basilar que é a educação, vista como um dos objetivos centrais do mundo moderno. Neste viés os Estados avançam normativamente para a educação nacional obrigatória, gratuita e laica, destacando a escola como um núcleo de igualdade social e de liberalização intelectual, revelando assim uma importante postura para a época, possibilitando gerar oportunidades de transformação social, e ocasionar o renascimento do republicanismo, em que a Constituição e a lei passam a ser sede dos direitos em sua inserção normativa[145].

Quanto à ótica dos cidadãos, ocorre um deslocamento de sua atuação; aparece agora como um ser autonomo e racional que se liberta de suas mordaças e condicionamentos religiosos, sociais e culturais. E o estatuto do cidadão passa de expressão de incorporação popular à atividade política. Procura superar privilégios, insere-se no iluminismo do século XIX em busca da plenitude da Cidadania. Leva tudo isto às últimas consequências, inclusive pela luta pelo sufrágio universal e pelo direito de associação política, amplia a ideia de Cidadania voltada aos âmbitos econômicos, sociais e culturais pelo caminhar de novos direitos econômicos, sociais e culturais[146].

Da mesma forma que o constitucionalismo normativo é asseverado no século XIX, por outro lado é rechaçado, desde a influência do pensamento de Marx, em que a relação da Constituição formal e material se contempla por uma comunicação integradora, ou ao menos com uma interpretação conflitiva. Cita a posição de um socialista marxista Ferdinand Lassalle que qualificou a Constituição

---

[144] GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Fundamentais.** Novos Estudos Jurídicos, v. 10, nº 2, jul/dez de 2005. Editora Univali : Itajaí/SC, p. 421.

[145] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 11.

[146] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 70.

formal como um pedaço de papel dependente dos reais fatores do poder, negando à Constituição normativa, qualquer valor[147]. De outro modo, a conjunção que leva ao valor normativo e de superioridade da Constituição, conduz a ideia de garantia e de respeito a formas e conteúdos quando da realização de normas infraconstitucionais, também com a necessidade de um sistema de constitucionalidade das leis, legalidade e regramentos[148].

Num pensar da utilidade da Constituição, como ferramenta a atender a República e direitos fundamentais, nota-se que a experiência das colônias anglo-americanas, no que se refere ao texto de 1787 apresenta três contribuições jurídico-politicas de singularidade extraordinária para o constitucionalismo ocidental: a) o sistema federal; b) um sistema de distribuição e equilíbrio de poderes (checks and balances) onde o executivo é entregue a um presidente eleito, e; c) o controle judicial da constitucionalidade (judicial review of legis).

Outro ponto relevante a ser dito sobre a importância das Constituições para o desenvolvimento social, observa-se quando as Constituições desenvolvidas no século XX, correspondem a forma subjetivada no século XIX, em que efetivada por iluminados, inspirados pelas verdades, a Declaração derrama nos espíritos dos homens em que a consciência dos representantes se traduz em tribunal de constitucionalidade das leis, com confiança na probidade no bem, no justo e na virtude dos homens[149].

No século XIX visualizou-se o entrelaçamento do executivo e legislativo, ao buscarem a garantia da Constituição, através de mecanismos que partem da divisão de competências e controle recíproco, e assim evitar abusos do poder legislativo, divisão de Câmaras, possibilidade do legislativo em recusar impostos, obrigação do executivo de se subordinar as ações sobre a vida e liberdade dos

[147] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 279.

[148] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007, p. 280.

[149] ROUSSEAU, Dominique in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). La Cuestión de la Garantía de la Constituición en el siglo XIX en Francia in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro II. Madrid : Dykinson, 2007, p. 649.

cidadãos, as decisões do tribunal e o direito do legislativo destituir o titular do poder executivo[150].

Na construção histórica dos direitos fundamentais e dos Direitos Sociais, a declaração de direitos é colocada à frente da Constituição Francesa de 1793. Influenciada esta por Condorcet e Robespierre, aparecem claramente os direitos dos cidadãos com relação a matéria de trabalha, assistência e educação. Mesmo com sua precária vigência, se revela como emancipadora do quadro de direitos fundamentais próprio do futuro Estado Social de Direito. A seguir, e com a Constituição francesa de 1848, em razão da nova etapa de desenvolvimento positivo de direitos em face às profundas mutações econômicas, produzidas na sociedade, procura indicar ao Estado novas tarefas para entregar aos cidadãos um grau mais elevado de moralidade, cultura e bem-estar, entregando assim um fundamento social aos direitos. Em ato contínuo, deixa de ser sujeito de Direitos Sociais o homem abstrato em sua dimensão individual e passa a sê-lo num contexto de circunstancias reais, concretas e comunitárias. Assim, este texto começa a tomar considerações de situações particulares em que o homem desenvolve sua existência, quer em sua fase de infância, em situação de crianças abandonadas ou de idosos sem recursos. Apresenta ainda em sua natureza jurídica, uma transformação dos direitos fundamentais ao deixarem de ser somente liberdade de ação para converterem-se imediatamente em liberdade de participação e de prestações. E para conseguirem Efetividade, esses Direitos Sociais precisam de um mecanismo de garantia, com os meios necessários para sua fruição, que no caso em tela se apresentam no seu artigo 13 quando estabelece a garantia ao ensino primário gratuito e educação profissional[151].

Em realidade, apesar de que possam nominar como declaração programática, negar seu status positivo, ou mesmo afirmar seu caráter ingênuo ou utopista, se apresentam na realidade, como uma nova etapa do processo de

[150]ROUSSEAU, Dominique in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). La Cuestión de la Garantía de la Constituición en el siglo XIX en Francia in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro II. Madrid : Dykinson, 2007, p. 654.
[151] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 120-121.

positivação dos direitos fundamentais que vem a coincidir com os princípios da Democracia política, ancorados nas exigências da Democracia econômica[152].

Adentrando ao Século XX, a Constituiçao mexicana de 1917 é considerada como primeiro intento de conciliar os direitos de liberdade com os Direitos Sociais, influenciando posteriormente as Constituições da América Latina. Com maior densidade, o estatuto de direitos fundamentais é apresentado com maior representatividade pela Constituição de Weimar da Alemanha em 11 de agosto de 1919, justo que ao lado das liberdade individuais estão os Direitos Sociais, referindo-se pontualmente a proteção da família, educação e trabalho[153].

No desenvolver do tema, para evitar confusões entre direitos fundamentais e liberdades públicas ter-se-á uma diferenciação conceitual., embora ambos referem-se a faculdades e situações subjetivas, reconhecidas pelo ordenamento jurídico, gravitando na esfera da positividade.

Enquanto que as liberdades públicas referem-se aos direitos tradicionais, individualistas, com determinação para garantir a esfera de autonomia subjetiva, os direitos fundamentais tem uma conceituação que advém das liberdades tradicionais, acrescidas dos novos direitos de caráter econômico, social e cultural[154].

Os direitos fundamentais são, na realidade, a cristalização histórica de concepção moral, tendo por eixo a dignidade da pessoa humana e como seu canal, os valores de liberdade, igualdade e solidariedade para alcançá-la. Assim busca-se a eficácia social para que não se situem num campo sem força ou consciência. Pode-se falar de direitos fundamentais, quando estas inserções, vinculadas à moralidade, fazem parte do direito positivo[155]. Quando se pensa no ordenamento jurídico, deve-se afirmar que o subsistema de direitos fundamentais ocupa posto muito relevante em seu conjunto, fazendo inferências em todas as demais normas

---

[152] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 121.
[153] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 122.
[154] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 47.
[155] PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório; FERNANDEZ GARCIA, Eusebio (Dir.). **Historia de los derechos fundamentales**: tomo I: trânsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Madri: Dykinson, 2003. p.2.

jurídicas, e às fronteiras externas advindas da realidade social, interesses, fins e valores em um dos recortes mais relevantes de um sistema cultural[156].

Nesse viés é possível afirmar que os direitos fundamentais se constituem na principal garantia dos indivíduos de um Estado de Direito, onde sua estrutura jurídica e política deve ser orientada para o respeito e promoção da pessoa humana, considerando, em sua dimensão individual (Estado Liberal de Direito), uma necessária vinculação com as exigências decorrentes da solidariedade, importante corolário integrante no aspecto social e coletivo da vida humana (Estado Social de Direito)[157].

E para enfrentar mais a situação, se deve lembrar das posições de Luño e Peces-Barba Martínez, para quem os direitos fundamentais só existitiram se fossem concretos. Assim, toda norma de direito positivo que realmente existe, impõe a presença dos tribunais de justiça para que seu titular possa recorrer em caso de não reconhecimento da mesma por terceiro. Os direitos fundamentais seguem o mesmo viés e, se não puder ser alegado ou exigida sua proteção, se dirá que não existe[158].

Peces-Barba Martínez [159] estabeleceu algumas características do ordenamento normativo para que se visualize a existência dos direitos fundamentais, as quais são citadas a seguir, sendo: a) um fato fundamental básico que sustenta a norma básica do ordenamento, assumindo valores políticos e morais que são a raiz dos direitos fundamentais, liberdade, segurança jurídica, igualdade e solidariedade; b) uma norma formal e material de identificação de normas assinaladas pelo critério de validez, apresentando-os em ótica jurídica como norma fundamental ou fundante básica do sistema normativo, sendo que no aspecto formal necessitam de órgãos e procedimentos competentes para sua proteção jurídica, enquanto que os critérios materiais se vinculam a conteúdo restante das normas , que estabelecem requisitos mínimos e limites e, “c) Esta norma básica de identificação de normas pertenceriam ao grupo normas estruturais ou de competência segundo Bobbio. Tendo ainda em

[156] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 356.
[157] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 16
[158] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 61
[159] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 354.

vista que a norma básica material deve ser entendida no sentido de norma secundária, que indica direções de conteúdos das normas primárias e seus limites. Ainda assim em nenhum caso supõe por si mesma, a fixação de comportamentos imperativos, proibitivos ou permissivos, embora mandem proibir ou permitir, ou proibam mandar ou permitir. A norma básica material concreta identifica as normas em dois sentidos, exigindo critérios de direcionamento e de limitação. Os primeiros vinculam-se aos objetivos a conseguir, enquanto que os segundos, estabelecem os perigos a evitar.

Abordam-se, os direitos fundamentais sob a ótica conceitual objetiva ou subjetiva. No que se refere ao conceito objetivo, os direitos fundamentais se constituem em conjunto de normas do ordenamento jurídico, formando um subsistema, fincado na liberdade, na igualdade, na seguridade e na solidariedade, expressadas na dignidade do homem. Assim forma parte da norma básica material de identificação do ordenamento, estabelece um espectro de moralidade procedimental positivada, legitimadora do Estado Social e Democrático de Direito. Num outro prisma, de forma subjetiva inserem-se os direitos subjetivos, liberdades ou imunidades que o ordenamento positivo estabelece, de proteção a pessoa no contexto de sua vida, sua liberdade, igualdade e não discriminação, participação social e política, e ainda aspectos que afetem sua livre eleição de seus planos de vida, fundadas na moralidade da liberdade, igualdade, segurança jurídica e solidariedade. Desta forma exigir determinação e atividade positiva dos poderes públicos e demais participantes da Sociedade, ao possibilitar formas de reclamar por seu cumprimento coativo nos casos de desconhecimento ou violação[160].

Outra questão relevante, quanto aos direitos fundamentais está assentada em Alexy que os afirma como princípios e estes são mandatos de otimização[161]. A Constituição é uma ordem fundamental qualitativa ou substancial, onde se decidem assuntos fundamentais para a Sociedade. Este conceito de ordem fundamental coaduna perfeitamente com o conceito de ordem marco. Assim, uma Constituição pode decidir assuntos fundamentais, mesmo que deixe perguntas em

[160] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 469.
[161] ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España (Centro de Estudios), 2004, p. 13.

aberto, sendo uma ordem marco. Desta forma, na teoria dos princípios, a boa Constituição combina o aspecto de ser tanto uma ordem fundamental como ordem marco. E isto é possível, se, em primeiro a Constituição ordena e proíbe algumas coisas, estabelecendo um marco, e, em segundo lugar, confia outras a discricionariedade dos poderes públicos, deixando espaços abertos para ação e, em terceiro lugar, se mediante seus mandatos e proibições decide aquelas questões fundamentais para a Sociedade em decisão constitucional[162]. Neste sentido, se visualiza que o direito fundamental à educação, na primeira infância, atua como princípio fundamental e tem em seu teor a ordem marco para que os poderes determinem por norma jurídica a Efetividade destes, por mecanismos orçamentários que devem ser produzidos para tal fim.

Ainda, se revela no que concerne à divisão de regras e princípios, que estes últimos são normas ordenadoras e devem acontecer na maior medida possível, dentro do sistema jurídico existente. Os princípios são mandatos de otimização, caracterizados porque podem cumprir-se em diferente nível, na medida que seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas determina-se por princípios e regras opostos. Desta maneira, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, se uma regra é válida, devendo fazer somente o que ela exige, nem mais nem menos. Assim, as regras contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, significando que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio[163].

Imprescindível também a necessidade de vincular, dentro da estrutura estatal, forma de exigir cumprimento dos direitos fundamentais pelos poderes constituídos. Perez Luño faz uma análise muito interessante, destacando o legislativo, executivo, judiciário e exemplificando ainda com o direito alemão.

No que se refere ao poder Legislativo, afirma que o princípio da legalidade, ligado ao funcionamento do Estado de Direito, estabelece uma garantia

[162] ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España (Centro de Estudios), 2004, p. 30.
[163] ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2012, p. 66-68.

dos direitos fundamentais constitucionais ao determinar ao legislador obrigação de atender aos principios da Constituição[164]. No mesmo sentido, o Executivo tem o dever de dedicar-se a atuação permanente e comprometida com os direitos fundamentais. Quanto ao poder judiciário, mesmo diante da crise do positivismo jurídico, se reconhece uma progressividade das faculdades normativas da magistratura, não podendo subestimar a participação judicial no processo de positivação dos Direitos Sociais, inclusive nos tribunais e supremas cortes, que vem ao longo da história desenvolvendo papel relevante em suas decisões[165].

A título de ilustração, verficar-se-á o papel que desempenha a jurispudência da República Federal Alemã, quanto a positividade dos direitos fundamentais. Aos juízes alemães, apoiados pela doutrina, tem considerado que lhes incumbe como fruto do papel criador da Lei Fundamental, decidir quando o poder legislativo não estabeleceu pela norma, possibilidade de aplicabilidade dos direitos fundamentais, ou seja, quando as normas produzidas não se ajustaram as normas constitucionais. Destaca-se ainda que em seu critério de interpretação da norma, a judicatura alemã apresenta uma integração criadora no ordenamento jurídico, atendendo os preceitos sempre segundo a Constituição, mesmo que contra a lei, atribuindo ainda expressão normativa em suas decisões, respeitando os valores e diretrizes político-sociais, proclamados pelo poder constituinte originário, e que ficaram por vezes à deriva diante da inércia ou imperfeições legislativas. Estabelece ainda que, quanto ao princípio da separação dos poderes, não deve ser interpretado de forma rígida, tendo em mente que o controle e colaboração recíproca são fundamentais para que as funções estatais tenham uma coordenação harmônica mais efetiva em suas tarefas. Neste sentindo, se compreende que este princípio deve ser completado pela subsidiariedade, em que o juiz pode atuar quando os órgãos legislativos não complementam de forma eficiente as disposições constitucionais[166].

Esta atuação do poder judiciário como citada, é fundamental vez que a concepção dos direitos fundamentais determina a própria significação do poder

[164] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 98.
[165] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 103-104.
[166] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 105.

público que tem a obrigação de cumprir com os preceitos normativos de uma Constituição. Com isto, os direitos fundamentais são apresentados a norma constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos, em que a norma alemã os qualifica, como Grundwert, e ao mesmo tempo, como marco de proteção das situações jurídicas subjetivas[167].

Diante desta preocupação em compreender as funções do Estado para atendimento dos ditames constitucionais, vinculados aos direitos fundamentais, importa afirmar um novo "status positivus socialis" que compreende o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem de forma alguma, abandonar a liberdade individual, mas sim para garantir o pleno êxito do desenvolvimento da subjetividade humana, que precisa conjugar as dimensões individuais e coletivas, sendo parte da categoria omnicompreensiva dos direitos fundamentais[168].

Parte-se então aos direitos subjetivos públicos e a sua significação objetiva pelo caminhar dos direitos fundamentais.

Perez Luño destaca que existem quatro situações quanto aos direitos subjetivos públicos, sendo: a) o *status subiectionis*, que determina a situação passiva dos destinatários da norma emanada pelo poder político; b) ol *status libertatis*, que reconhece esfera e garantia de liberdade individual negativa dos cidadãos em determinadas matérias; c) o *status civitatis*, em que os cidadãos podem exercitar pretensões junto ao Estado, exigindo um comportamento positivo para a defesa dos seus direitos civis, e d) o *status activae civitatis*, que corresponde a uma situação em que o cidadão goza de direitos políticos, participando da vontade do Estado"[169]. Assim, tem por certo que é necessário uma condição ou bem estar econômico e social adequados para que os direitos e liberdade possam se efetivar, estabelecendo portanto este novo Estado, el *status positivus socialis.*

[167] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 16-17.
[168] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 20-21.
[169] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 20-21.

Quanto ao significado objetivo dos direitos fundamentais que são resultados das demandas plurais e comuns, se constitui em legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito, sendo pressupostos do consenso em que situa-se a sociedade democrática. E com o avanço para o Estado Social de Direito, esses objetivos são um horizonte emancipador da sociedade pelo caminhar dos direitos fundamentais, como fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos[170].

Os direitos fundamentais se apresentam no Século XXI, diante do constitucionalismo, com uma dupla função: no plano subjetivo, como garantidor da liberdade individual e a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, enquanto que no plano objetivo, insere-se numa perspectiva institucional, guiada para a concretude dos fins e valores constitucionalmente proclamados[171].

Desta forma, percebe-se que o Estado Democrático de Direito e social é cada vez mais legitimado, conforme a Efetividade dos direitos fundamentais, fazendo-nos crer que as missões do Estado se voltam aos atendimentos efetivos das demandas constantes na Constituição.

Considera-se importante o dialogo entre Luño, Peces-Barba Martínez e Galiano, ao destacar que as teses dos professores Fernandéz-Galiano e Peces-Barba possuem um acordo basilar ao entender os direitos humanos como uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, deprendendo-se ainda que os direitos fundamentais tem seu fundamento em um sistema de valores prévios e como ordem objetiva e universal de uma axiologia ontológica, em Fernandéz-Galiano e, a filosofia humanista do signo democrático, em Peces-Barba[172].

Também se deve conjugar o enfoque pluralista dos direitos fundamentais, reconhecendo ao legislador e aos operadores jurídicos a tarefa e dever de bem aplicar as liberdades e direitos fundamentais na intepretaçao constitucional[173].

---

[170] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 17.
[171] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 21.
[172] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 47.
[173] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p.

Outro aspecto importante decorrente da Constituição refere-se a necessidade de unidade, exigindo que na relação e interdependências de seus elementos, estabeleça-se coerência em seu texto, em que as decisões basilares realizadas pelos interpretes do direito, se encontre em consonância com seu texto[174]. Também a unidade política deve ser perseguida pela Sociedade, no intuito de obter o assentimento tácito e de respeito pelo seu legado, estabelecendo a promoção de uma posição social de coincidência geral para sua real aplicação, sem eliminar as diferenças sociais, políticas ou institucionais, mas sim buscando revelar e sanar os conflitos resultantes da convivência humana[175].

A boa interpretação da Constituição é prioridade por tratar da sede dos direitos fundamentais e de seus critérios para aplicação, porque possuem mecanismos basilares de validade normativa formal e material, marcando assim a coerência e unidade do ordenamento jurídico. Existe a possibilidade de interpretar a Constituição e também interpretar desde a Constituição. Na primeira, cuida-se dos problemas de organização, competências, mas tem em seu cerne temas de valores, princípios ou direitos. Numa abordagem técnica, se dedica e se estrutura nas normas constitucionais e a falta de referentes normativos superiores que lhe permitam atribuir significado. Importa ressaltar que é diferente quando se trata de princípios e não de regras. Mesmo que ambas sejam normas: normas-princípio e normas regra. Como as normas constitucionais são superiores no sistema, a interpretação não pode ser feita como no restante das normas. É dever lembrar que a diferença com as normas regras não é estrutural, mas de determinação, generalidade e imprecisão. O determinante é a ausência de um marco normativo para atribuição de significado, sendo necessário ter em consideração o contexto político, econômico e social, desde perspectivas consequencialistas para se ter como resultado as consequências resultantes da interpretação, e dotando as interpretações de unidade e coerência[176].

133-134.

[174] HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales. 1992, p. 45.

[175] HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales. 1992, pp. 8 -9

[176] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 221-222.

Ademais, os valores constitucionais possuem um contexto axiológico fundamentador e basilar para a interpretação de todo ordenamento jurídico, se constituindo em verdadeiro alicerce indicativo para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição. Serve ainda como mecanismo que entrega legitimidade as diversas expressões do sistema da legalidade[177].

Numa inserção ao século XX, considera-se que os direitos fundamentais são conceitos modernos, que tiveram sua raiz em uma concepção individualista, ainda não existentes na Idade Média ou na antiguidade. As declarações de direito das colônias norteamericana, francesa (1789) e as dez primeiras emendas a Constituição americana de 1791 consolidaram este novo horizonte.

Atualmente os direitos subjetivos ilaçam denominações como imunidade, liberdade, privilégio, prerrogativa, faculdade, isenção, poder, pretensão legítima, interesse legítimo, atribuição, garantia, capacidade, competência, autorização, permissão, licença, franquia, impunidade, concessão, título, opção, limitação, responsabilidade, prioridade, preferência , jurisdição, independência, autarquia, autonomia, impossibilidade, etc[178].

Para Peces-Barba Martínez, os elementos básicos da proposta são quatro: pretensão, liberdade, poder e imunidade, que manifestam modalidades possíveis de direitos subjetivos. Cada um se identifica definindo por referência a um conceito correlativo e outro oposto. O correlativo corresponde ao sujeito que se encontra em uma situação afetada e disponha da modalidade de direito subjetivo. O oposto corresponde a situação do sujeito que não dispõe de concreta modalidade de direito subjetiva de que se trata. A situação de pretensão existe naquele que dispõe de um tipo de direito subjetivo que pode exigir do outro a realização de uma conduta determinada. Aí está uma situação de dever respeito ao titular da pretensão. Aquele que não pode exigir a realização de uma conduta está em situação oposta de “não direito”[grifo nosso]. De outro modo,a situação jurídica de liberdade é a que dispõe de um tipo de direito subjetivo e que não tem que realizar uma conduta exigida. É

[177] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 542.
[178] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p.222.

ele que não pode exigir dita conduta, que ao dispor da liberdade se encontra em uma situação correlativa de não direito. O que tem que realizar a conduta exigida está na situação oposta de dever. A situação jurídica de poder é aquela que dispõe de um tipo de direito subjetivo, que possa modificar suas relações jurídicas diante do outro. O sujeito ao qual se pode impor modificação, nas relações jurídicas, se encontra em situação correlativa de sujeição e que não pode impor modificações a outros em situações de incompetência. Ainda, a situação jurídica de imunidade acontece quando alguém dispõe de um tipo de direito subjetivo ao poder impedir que modifiquem suas relações jurídicas. Àquele que não pode modificar as relações jurídicas de outro, encontra-se em situação jurídica de incompetência. Àquele a quem se possa modificar sua relação jurídica está em situação oposta de sujeição. Em síntese, todos os direitos fundamentais como os direitos subjetivos genéricos podem situar-se neste esquema[179].

Importante no contexto dos direitos fundamentais e da educação, fazer referência a Terceira República Francesa (1875-1940), na qual a escola se constituiria na verdadeira instituição central que alicerça a terceira república da França, um caminho de tranferência de valores, e por um lado, o objetivo de afastar o poder da igreja catolica na educação (escola laica) de seus cidadãos. Ainda, “la ley del 22 de marzo de 1882 intaura la obligación escolar para los niños de 6 a 13 años, previendo sanciones para los padres que respectarían esta medida.(...) la formación del ciudadano se realiza así mediante un nuevo “catecismo”, cuyo fin es inculcarle los valores republicanos, entre os cuales se destaca el principio de meritocracia”. Ainda, ocorria a gratuidade da escola, sendo o Estado o garantidor das instituições[180]”.

Merece ser considerada, quanto aos direitos fundamentais, a necessidade de moralidade jurídica, ou seja, a necessidade de uma ética pública positivada que possui uma dimensão subjetiva, em forma de direitos fundamentais e de liberdades

[179] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 223-224.

[180] PELÉ, Antonio in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; (Dirección). Las Libertades Públicas y el Espíritu Republicano en los principios de la III República Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen III. Madrid : Dykinson, 2007, p. 248-252..

públicas, identificada ao poder político e ao sistema jurídico (essencialmente direitos e liberdades) em que o cumprimento de uma função objetiva acontece ao limitar a capacidade normativa dos poderes públicos.

Ao analisar os sistemas jurídicos do século XX, aparece com evidência, uma construção gradual de que a Constituição é suprema, como vértice normativo que dá amparo e indicação a produção das demais normas jurídicas, alicerçada ainda nos blocos de constitucionalidade que seus textos permitem. Revela-se, como norma básica, posta de uma Constituição normativa, contendo em si, os critérios de validade das normas restantes, bem como a expressão de competência, procedimentos e produção com seus conteúdos autorizados e suas limitações[181]".

No que se refere ao Estado de Direito do século XX, se caracteriza definitivamente pelo governo das leis e pela separação dos poderes. Revela-se que o governo das leis acontece por meio de leis com normas gerais e abstratas, como um governo abaixo das leis, que supõe submissão dos governantes às leis, estabelecendo uma barreira contra o abuso de poder. Manifesta uma função igualitária em que todas as pessoas são sujeitos de direito, em que os destinatários são o genérico "*homo iuridicus"* e as normas passam a ter um conteúdo abstrato igual para todos[182].

Impõe afirmar que no objeto de interpretação da linguagem jurídica e da própria Constituição, por especializado que seja, possa utilizar termos ambíguos, vagos ou emotivos, devendo ter em conta que em muitos casos a interpretação dos direitos relevantes para a decisão judicial é apoiada em técnica argumentativa, encontrando a unidade, coerência e plenitude do ordenamento, revelando na interpretação o direito subjetivo e os valores, princípios e direitos[183].

---

[181] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 211.

[182] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 213-214.

[183] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p.220.

Na missão de atribuir Efetividade aos direitos fundamentais, vem a revelação de que se faz sim necessário um sistema jurídico que atenda estas premissas, sendo este, o mecanismo constitucional, como já exposto. Tal fato decorre da necessidade de Efetividade, da necessidade de segurança jurídica, em que a interpretação na norma constitucional impossibilite o uso do arbítrio ou a omissão de tamanha tarefa. Ainda, enaltece a ideia de ordem e regularidade, imantadas do conjunto normativo para projetar-se em suas partes integrantes, permitindo conceber direitos e liberdades constitucionais como um sistema, apagando um processo hermenêutico de busca do sistema, ou unidade de sentido sistemático, das normas singulares, formuladoras de cada direito fundamental[184].

Não se deve esquecer que os direitos fundamentais irão se alterando e "incluindo novas demandas da sociedade em transformação. Os direitos fundamentais não são um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e consequentemente suas necessidades de proteção[185]".

Fundamental para o tema desta tese é a proposição de valores materiais, advindos do direito de liberdade, igualdade e solidariedade que possuem alguns componentes que revelam a real necessidade de efetivar o direito social à educação na primeira infância no Brasil por razão da progressividade material dos direitos de igualdade. Se por um lado os valores materiais formam o conteúdo do direito e são derivativos da dignidade da pessoa humana das condições sociais que os possibilitam, revelam que o papel central dos direitos de liberdade deriva de sua vinculação direta com o ideário da dignidade humana.

No espectro dos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade, sabe-se que a igualdade complementa o valor da liberdade e a igualdade formal se confunde com a segurança jurídica dos Estados liberais democráticos. Assim, a igualdade como equiparação pode ser concreta, por exemplo, na indiscriminação em situações

---

[184] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 136.

[185] GARCIA. Marcos Leite; MARQUES JUNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. Aportes do Novo Constitucionalismo Democrático Latinoamericano e da Unasul para os Direitos Fundamentais: os Direitos Ambientais como Demandas Transnacionais e o Tratamento Prioritário da Sustentabilidade. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em www.univali.br/novos estudos jurídicos, p. 971.

de raça, sexo, religião. A igualdade que se propõe como diferenciação, tem em conta outros recursos que justificam um trato desigual com objetivo igualitário. Disso que trata esta tese, de compreender a necessidade de efetivar o direito social à educação na primeira infância, tendo em vista idade, riqueza ou deficiências e no plano das relações sociais pode haver superioridade de uma das partes, usuários, consumidores e de trabalhadores expostos à posição de domínio de empregadores. Num outro aspecto, a igualdade material se vincula com a liberdade promocional deste princípio que marcou Rousseau no Contrato Social em que nenhum cidadão seja tão rico para poder comprar a outro, nem tão pobre para ver-se obrigado a vender-se[186]. Ademais quando se fala de solidariedade, são afetados direitos como o meio ambiente, patrimônio genético, e principalmente, de pessoas em situação de inferioridade, como as crianças, deficientes e a mulher, sempre vinculadas ao valor igualdade[187].

O direito subjetivo é um direito reflexo sempre que apareça como correlato de dever jurídico. Seu conceito serve para explicar uma situação jurídica em que existe um sujeito obrigado pela norma, àquele que mediante sua conduta pode violar ou satisfazer a obrigação. O direito subjetivo, como direito reflexo, consiste unicamente na obrigação de outro e somente quando um indivíduo está juridicamente obrigado a cumprir com determinada conduta a respeito de outro, tem este último, direitos sobre o primeiro. Somente possível falar de direito subjetivo como um poder outorgado a um individuo para exercer uma ação, em razão do descumprimento por outro de uma obrigação jurídica, colocando em funcionamento. Assim o mecanismo judicial participa desta forma da produção da norma jurídica para atender o interesse individual, pela sentença judicial em que ordena sanções por continuidade de descumprimento. O direito subjetivo é o poder jurídico de um indivíduo para conseguir impor uma ação, no caso de descumprimento da obrigação jurídica em seu favor. Tal poder aparece, quando, entre as condições da norma para que se apliquem suas consequências jurídicas, se encontra uma ação iniciada por

[186] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 228.

[187] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 228-229.

um indivíduo e dirigida ao órgão de aplicação. A aplicação da norma fica neste momento, à disposição da vontade de determinado indivíduo, no que diz respeito do outro que estará obrigado a cumprir determinada conduta[188].

Ao destacar a necessidade de efetivar os Direitos Sociais como a educação na primeira infância, imperioso que os mesmos sejam compreendidos e interpretados como um conjunto de prestações que o Estado tem o dever jurídico de realizar a favor dos indivíduos para que estes possam concorrer em processo de Cidadania em condições de igualdade[189].

Como esta, ao se falar de cumprimento e Efetividade de direitos fundamentais, vem à doutrina Garantista de Luigi Ferrajoli, a qual atribui a palavra garantismo três significados diversos: a) como um modelo normativo de direito que prima pela estrita legalidade, própria ao Estado de Direito. b) garantismo como uma teoria jurídica da validade e Efetividade como categorias distintas não só entre si mas, também, pela existência ou vigor das normas. Nesta distinção entre normatividade e Efetividade, entre direito válido e direito vigente o garantismo apresenta uma postura crítica permanente sobre a validade das leis e suas aplicações em referencia á legitimação do próprio direito; c) garantismo como uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade[190].

No mesmo norte, Gomez, comenta o garantismo, tendo três pontos principais: a) o estabelecimento de um conceito de direitos fundamentais; b) reformulação da ideia-chave garantista do constitucionalismo e, c) determinação de uma dimensão substancial do conceito de Democracia[191]. Relevante ainda, a

---

[188] CANO, Roberto M. Jiménez in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Positivismo jurídico y derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro II, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 840-842.

[189] RUIZ, Ramon Ruiz in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Republicanismo cívico, libertad, derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 243.

[190] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Revista do Tribunais, 2002, p. 683-685.

[191] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo,

diferença entre direitos e garantias que são reveladas dentro do conceito de direito subjetivo. Um direito subjetivo é qualquer expectativa positiva de prestações ou negativa de não sofrer lesões dirigidas a um sujeito por norma jurídica. Mesmo que não existam garantias, não significa que não existam direitos, quando se faz o caminhar para a Efetividade de Direitos Sociais associamo-los aos direitos débeis, já que são direitos não garantidos e que adoecem em decorrência de uma inEfetividade estrutural ou de sistema, pregando por uma solução de atuação para as garantias débeis consistentes na obrigação de introduzir garantias fortes. Em sequência, se pode indicar que estas garantias se fundam a titulo de exemplo, no princípio da legalidade para os Direitos Sociais, vez que se faz imprescindíveis à criação de norma jurídica, que estabeleça orçamento público prioritário e condizente com a demanda necessária.

O segundo princípio garantista trata da jurisdição, determinando que os direitos são justificáveis e acionáveis em juízo, frente aos sujeitos responsáveis por sua violação por ação ou omissão[192]. Importa ressaltar que ocorre divisão entre garantias primárias e secundárias sendo as primárias ou substanciais como deveres compostos por obrigações de prestações ou por proibições de lesão, nos termos de direitos garantidos como positivos ou negativos, enquanto que as garantias secundárias são somente obrigações de anulação ou condenação, atuando de forma subsidiária das primeiras ao atuar como obrigações de pronunciar a anulação ou condenação de violações jurídicas, que requerem sempre a intermediação judicante em razão da jurisdição[193]. Por derradeiro, Gomez utiliza o dever do legislador em incluir no ordenamento jurídico garantias para um direito, tratando-se de dever referente a qualquer direito subjetivo, independente das lacunas que seus conceitos podem deixar[194].

---

democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 697.

[192] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 714.

[193] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 714-715.

[194] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo,

Ao abordar o tema Democracia, os direitos fundamentais configuram-se como vinculo substancial, imposto à Democracia política, deixando a ideia de que os Direitos Sociais possuem vínculos positivos que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer, tendo por assinalar que os direitos fundamentais criam uma esfera de "lo indecible que y de lo indecible que no; y actúan como factores de legitimación y de desligitimación de las que son decisiones y de las que son no-decisiones[195]".

Quando se examina as atividades da administração pública se percebe que as prerrogativas constitucionais não podem ser esquecidas, ou não utilizadas de forma prática. Se por um lado servem para o exercício do poder e permanência na esfera administrativa, por outro revelam a força normativa que deve ter uma prerrogativa constitucional. Desta forma as atividades das administrações públicas em matéria de proteção da infância "pone de relieve que atúan como poder público. Esto es, investidas de la tradicionales prerrogativas que el Ordenamiento les atrybuen para servir el interés general, em esto caso la protección de la infancia y del interés superior de los menores[196]".

Ademais, quando analisada uma Constituição contemporaneamente, verifica-se que a inclusão dos direitos fundamentais, a forma de Estado e as normas que estabelecem o sistema econômico são decisivas para entregar à Sociedade um modelo constitucional democrático. Democracia esta, que pode ser efetiva, no âmbito dos Direitos Sociais pela Constituição econômica que representa o suporte material de atuação dos direitos fundamentais, e se cristaliza acima do sistema tributário ou da atividade econômica estatal, quando entregam aos orçamentos a medida necessária para efetivar os Direitos Sociais, no caso em tela, a efetivação plena dos direitos à educação na primeira infância no Brasil[197]. Reitera-se que a Constituição econômica é o alicerce material de atuação dos direitos fundamentais. Sem previsão orçamentária, sem prioridade, sem precedência de recursos não se

---

democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 715.

[195] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 719.

[196] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 18

[197] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011, p. 15-16.

consegue fazer efetivos os direitos da criança e do adolescente. E como se vê, ocorre uma crise política, de capacidade de governar "com a crescente inadequação do uso do direito como instrumento de regulação dos poderes, sejam públicos ou privados, e de garantia de igualdade e dos direitos fundamentais das pessoas[198]".

Diante disto, verificou-se que o modelo positivista com mecanismos formalistas, impede a realização dos direitos fundamentais, propiciando simplesmente enfoques estáticos, enquanto que os métodos de interpretação material e evolutiva da Constituição, nos levam a uma consideração dinâmica da norma constitucional, direcionando a hermenêutica a metas de conteúdo, em que valores e princípios de um Estado pluralista, livre e democrático, definem seu horizonte emancipatório a ser conquistado[199]. Ademais os valores constitucionais possuem contexto axiológico fundamentador e básico para interpretação de todo ordenamento jurídico, sendo critério para atribuir legitimidade decorrente de um sistema de legalidade em um Estado de Direito Social e Democrático[200].

Na inserção de um Estado Social, Peces-Barba Martínez sintetiza as perspectivas ética, política e jurídica. A ética parte da ideia de igual dignidade a todas as pessoas, como a conquista da modernidade, o suporte de organização para produção da autonomia e independência moral. A política e seus aspectos estruturantes contribuem com ações positivas dos poderes públicos para a promoção de ações sociais como valores supremos. A perspectiva jurídica é de que o ordenamento jurídico adicione as funções clássicas do direito liberal, as suas devidas funções promocionais ou prestacionais. Com isto poderá se obter um real Estado Social, conhecido como de bem-estar, e que tem o condão de integrar as dimensões do sistema dos direitos fundamentais, favorecendo assim a igual dignidade de todas as pessoas[201].

---

[198] FERRAJOLI. Luigi. **A Democracia através dos Direitos**. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2015, p. 183.
[199] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 283.
[200] LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001, p. 542.
[201] PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 149-150.

Não se pode deixar de apontar para a manifestação de Gomez ao afirmar que o neoconstitucionalismo é um conjunto coerente de princípios e práticas argumentativas decantadas da doutrina jurídica, especialmente na ação jurisdicional. Manifesta-se com o pensar de Ferrajoli e Kelsen de que a aplicação do direito se reveste de subsunção jurídica, agregada à discricionariedade judicial, destacando a importância dos juízos de ponderação. Por derradeiro, o norte da discricionariedade judicial é mais ou menos ampla, mas representa um momento valorativo sobre o qual o positivismo por si só, não pode teorizar ou dizer[202].

Ao final do capítulo 1 são estabelecidas as premissas basilares do Estado Democrático de Direito e Social e a relevância da República e Federação e, faz-se mister, vincular esta forma e estrutura para atendimento dos direitos fundamentais, tão destacados a partir da Idade Moderna e cobrados nos dias atuais, principalmente, quanto a Efetividade do Direito à Educação na primeira infância no Brasil.

O termo direito fundamental apareceu na França ao redor do ano de 1770, representado em marco do movimento político e cultural, dirigido à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ponto referente no Século XIX, como consolidação dos direitos fundamentais, ocorre quanto do destaque de um direito fundamental basilar que é a educação, vista como um dos objetivos centrais do mundo moderno. Neste viés os Estados avançam normativamente para a educação nacional obrigatória, gratuita e laica, destacando a escola como um núcleo de igualdade social e de liberalização intelectual, revelando assim uma importante postura para a época, possibilitando gerar oportunidades de transformação social, e ocasionar o renascimento do republicanismo, em que a Constituição e a lei passam a ser sede dos direitos em sua inserção normativa.

Numa visão dos cidadãos, ocorre um deslocamento de sua atuação; aparece agora como um ser autônomo e racional, insere-se no iluminismo do século XIX em busca da plenitude da Cidadania. Leva tudo isto às últimas consequências, inclusive pela luta pelo sufrágio universal e pelo direito de associação política,

[202] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; ROIG, Rafael de Asís; ROIG, Francisco Javier Ansuátegui; LIESA, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 722.

amplia a ideia de Cidadania voltada aos âmbitos econômicos, sociais e culturais pelo caminhar de novos direitos econômicos, sociais e culturais.

Os direitos fundamentais são, na realidade, a cristalização histórica de concepção moral, tendo por eixo a dignidade da pessoa humana e como seu canal, os valores de liberdade, igualdade e solidariedade para alcançá-la. Assim busca-se a eficácia social para que não se situem num campo sem força ou consciência. Pode-se falar de direitos fundamentais, quando estas inserções, vinculadas à moralidade, fazem parte do direito positivo.

Quando se pensa no ordenamento jurídico, deve-se afirmar que o subsistema de direitos fundamentais ocupa posto muito relevante em seu conjunto, fazendo inferências em todas as demais normas jurídicas, e às fronteiras externas advindas da realidade social, interesses, fins e valores em um dos recortes mais relevantes de um sistema cultural.

Entre as características do ordenamento normativo para que se visualize a existência dos direitos fundamentais, encontram-se: um fato fundamental que sustenta a norma básica do ordenamento, assumindo valores políticos e morais que são a raiz dos direitos fundamentais, liberdade, segurança jurídica, igualdade e solidariedade; uma norma formal e material de identificação de normas assinaladas pelo critério de validez, apresentando-os em ótica jurídica como norma fundamental do sistema normativo, sendo que no aspecto formal necessitam de órgãos e procedimentos competentes para sua proteção jurídica, enquanto que os critérios materiais se vinculam a conteúdo restante das normas, que estabelecem requisitos mínimos e limites e, esta norma básica de identificação de normas pertenceriam ao grupo normas estruturais ou de competência. Tendo ainda em vista que a norma básica material deve ser entendida no sentido de norma secundária, que indica direções de conteúdos das normas primárias e seus limites. Ainda assim em nenhum caso supõe por si mesma, a fixação de comportamentos imperativos, proibitivos ou permissivos, embora mandem proibir ou permitir, ou proibam mandar ou permitir. A norma básica material concreta identifica as normas em dois sentidos, exigindo critérios de direcionamento e de limitação. Os primeiros vinculam-se aos objetivos a conseguir, enquanto que os segundos, estabelecem os perigos a evitar.

Abordam-se, os direitos fundamentais sob a ótica conceitual objetiva ou subjetiva. No que se refere ao conceito objetivo, os direitos fundamentais se constituem em conjunto de normas do ordenamento jurídico, formando um subsistema, fincado na liberdade, na igualdade, na seguridade e na solidariedade, expressadas na dignidade do homem. Assim forma parte da norma básica material de identificação do ordenamento, estabelece um espectro de moralidade procedimental positivada, legitimadora do Estado Social e Democrático de Direito. Num outro prisma, de forma subjetiva inserem-se os direitos subjetivos, liberdades ou imunidades que o ordenamento positivo estabelece, de proteção a pessoa no contexto de sua vida, sua liberdade, igualdade e não discriminação, participação social e política, e ainda aspectos que afetem sua livre eleição de seus planos de vida, fundadas na moralidade da liberdade, igualdade, segurança jurídica e solidariedade. Desta forma exigir determinação e atividade positiva dos poderes públicos e demais participantes da Sociedade, ao possibilitar formas de reclamar por seu cumprimento coativo nos casos de desconhecimento ou violação.

Outra questão relevante, quanto aos direitos fundamentais são considerados como princípios e estes são mandatos de otimização. A Constituição é uma ordem fundamental qualitativa ou substancial, onde se decidem assuntos fundamentais para a Sociedade. Este conceito de ordem fundamental coaduna perfeitamente com o conceito de ordem marco. Assim, uma Constituição pode decidir assuntos fundamentais, mesmo que deixe perguntas em aberto, sendo uma ordem marco. Desta forma, na teoria dos princípios, a boa Constituição combina o aspecto de ser tanto uma ordem fundamental como ordem marco. E isto é possível, se, em primeiro a Constituição ordena e proíbe algumas coisas, estabelecendo um marco, e, em segundo lugar, confia outras a discricionariedade dos poderes públicos, deixando espaços abertos para ação e, em terceiro lugar, se mediante seus mandatos e proibições decide aquelas questões fundamentais para a Sociedade em decisão constitucional. Neste sentido, se visualiza que o direito fundamental à educação, na primeira infância, atua como princípio fundamental e tem em seu teor a ordem marco para que os poderes determinem por norma jurídica a Efetividade destes, por mecanismos orçamentários que devem ser produzidos para tal fim.

Ainda, se revela no que concerne à divisão de regras e princípios, que estes últimos são normas ordenadoras e devem acontecer na maior medida possível, dentro do sistema jurídico existente. Os princípios são mandatos de otimização, caracterizados porque podem cumprir-se em diferente nível, na medida que seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas determina-se por princípios e regras opostos. Desta maneira, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, se uma regra é válida, devendo fazer somente o que ela exige, nem mais nem menos. Assim, as regras contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível, significando que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.

Quanto à atuação dos poderes constituídos, infere-se que o poder Legislativo deve atender ao princípio da legalidade, que estabelece uma garantia dos direitos fundamentais constitucionais ao determinar ao legislador obrigação de atender aos princípios da Constituição. O Executivo tem o dever de dedicar-se a atuação permanente e comprometida com os direitos fundamentais. Quanto ao poder judiciário, mesmo diante da crise do positivismo jurídico, se reconhece uma progressividade das faculdades normativas da magistratura, não podendo subestimar a participação judicial no processo de positivação dos Direitos Sociais.

Ainda, quatro situações quanto aos direitos subjetivos públicos, são indispensáveis: o *status subiectionis*, que determina a situação passiva dos destinatários da norma emanada pelo poder político; o *status libertatis*, que reconhece esfera e garantia de liberdade individual negativa dos cidadãos em determinadas matérias; o *status civitatis*, em que os cidadãos podem exercitar pretensões junto ao Estado, exigindo um comportamento positivo para a defesa dos seus direitos civis, e o *status activae civitatis*, que corresponde a uma situação em que o cidadão goza de direitos políticos, participando da vontade do Estado. Assim, tem por certo que é necessário uma condição ou bem estar econômico e social adequados para que os direitos e liberdade possam se efetivar, estabelecendo portanto este novo Estado, el *status positivus socialis.*

Quanto ao significado objetivo dos direitos fundamentais que são resultados das demandas plurais e comuns, se constitui em legitimador das formas

constitucionais do Estado de Direito, sendo pressupostos do consenso em que situa-se a sociedade democrática. E com o avanço para o Estado Social de Direito, vinculados a República e a Federação neste trabalho, esses objetivos são um horizonte emancipador da sociedade pelo caminhar dos direitos fundamentais, como fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos.

Os direitos fundamentais se apresentam no Século XXI, diante do constitucionalismo, com uma dupla função: no plano subjetivo, como garantidor da liberdade individual e a defesa dos aspectos sociais e coletivos da subjetividade, enquanto que no plano objetivo, insere-se numa perspectiva institucional, guiada para a concretude dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

Desta forma, percebe-se que o Estado de Direito Democrático de Direito e social é cada vez mais legitimado, conforme a Efetividade dos direitos fundamentais, fazendo-nos crer que as missões do Estado se voltam aos atendimentos efetivos das demandas constantes na Constituição.

Fundamental para o tema desta tese é a proposição de valores materiais, advindos do direito de liberdade, igualdade e solidariedade que possuem alguns componentes que revelam a real necessidade de efetivar o Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil por razão da progressividade material dos direitos de igualdade. Se por um lado os valores materiais formam o conteúdo do direito e são derivativos da dignidade da pessoa humana das condições sociais que os possibilitam, revelam que o papel central dos direitos de liberdade deriva de sua vinculação direta com o ideário da dignidade humana.

No espectro dos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade, sabe-se que a igualdade complementa o valor da liberdade e a igualdade formal se confunde com a segurança jurídica dos Estados liberais democráticos.

Como esta, ao se falar de cumprimento e Efetividade de direitos fundamentais, de forma multidisciplinar a construção garantista traz: o estabelecimento de um conceito de direitos fundamentais; a reformulação da ideia-chave garantista do constitucionalismo e, a determinação de uma dimensão substancial do conceito de Democracia.

Relevante ainda, a diferença entre direitos e garantias que são reveladas dentro do conceito de direito subjetivo. Um direito subjetivo é qualquer expectativa positiva de prestações ou negativa de não sofrer lesões dirigidas a um sujeito por norma jurídica. Mesmo que não existam garantias, não significa que não existam direitos, quando se faz o caminhar para a Efetividade de Direitos Sociais associamo-los aos direitos débeis, já que são direitos não garantidos e que adoecem em decorrência de uma inEfetividade estrutural ou de sistema, pregando por uma solução de atuação para as garantias débeis consistentes na obrigação de introduzir garantias fortes. Em sequência, se pode indicar que estas garantias se fundam a titulo de exemplo, no princípio da legalidade para os Direitos Sociais, vez que se faz imprescindíveis à criação de norma jurídica, que estabeleça orçamento público prioritário e condizente com a demanda necessária. O segundo princípio garantista trata da jurisdição, determinando que os direitos são justificáveis e acionáveis em juízo, frente aos sujeitos responsáveis por sua violação por ação ou omissão. Importa ressaltar que ocorre divisão entre garantias primárias e secundárias sendo as primárias ou substanciais como deveres compostos por obrigações de prestações ou por proibições de lesão, nos termos de direitos garantidos como positivos ou negativos, enquanto que as garantias secundárias são somente obrigações de anulação ou condenação, atuando de forma subsidiária das primeiras ao atuar como obrigações de pronunciar a anulação ou condenação de violações jurídicas, que requerem sempre a intermediação judicante em razão da jurisdição. Por derradeiro, utiliza o dever do legislador em incluir no ordenamento jurídico garantias para um direito, tratando-se de dever referente a qualquer direito subjetivo, independente das lacunas que seus conceitos podem deixar, ao asseverar ainda que os direitos fundamentais (no caso, direito social) são vínculos substanciais da Democracia política em que os poderes constituídos não podem deixar de satisfazê-los, até como forma de legitimar suas decisões.

Num outro norte, ao examinar as atividades da administração pública se percebe que as prerrogativas constitucionais não podem ser esquecidas, ou não utilizadas de forma prática. Se por um lado servem para o exercício do poder e permanência na esfera administrativa, por outro revelam a força normativa que deve ter uma prerrogativa constitucional. Desta forma as atividades das administrações

públicas em matéria de proteção da infância são colocas em destaque para o atendimento da doutrina integral da infância.

Diante disto, verificou-se que o modelo positivista com mecanismos formalistas, impede a realização dos direitos fundamentais, propiciando simplesmente enfoques estáticos, enquanto a interpretação da Constituição, levam a uma consideração dinâmica da norma constitucional, direcionando a hermenêutica a metas de conteúdo, em que valores e princípios de um Estado pluralista, livre e democrático, definem seu horizonte emancipatório a ser conquistado. Ademais os valores constitucionais possuem contexto axiológico fundamentador e básico para interpretação de todo ordenamento jurídico, sendo critério para atribuir legitimidade decorrente de um sistema de legalidade em um Estado de Direito Social e Democrático.

Na inserção de um Estado Social, Peces-Barba Martínez sintetiza as perspectivas ética, política e jurídica. A ética parte da ideia de igual dignidade a todas as pessoas, como a conquista da modernidade, o suporte de organização para produção da autonomia e independência moral. A política e seus aspectos estruturantes contribuem com ações positivas dos poderes públicos para a promoção de ações sociais como verdadeiros valores supremos. E a perspectiva jurídica é de que o ordenamento jurídico adicione as funções clássicas do direito liberal, as suas devidas funções promocionais ou prestacionais. Com isto poderá se obter um real Estado Social, e que tem o condão de integrar as dimensões do sistema dos direitos fundamentais, favorecendo assim a igual dignidade de todas as pessoas.

Assim, os direitos fundamentais são alicerces que aguardam ações normativas e de execução de políticas públicas direcionadas a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil, revelada pela atuação dos poderes constituídos, em caráter decisório, onde a participação do poder judiciário se torna evidente, diante da prática sonegadora do poder executivo e legislativo. O Capítulo 2 abordará as questões decorrentes das declarações e normas de direito internacional destinadas a proteção da criança, tendo por objeto considerações para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Capítulo 2

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS NA ESFERA INTERNACIONAL COMO ESTRUTURA BASILAR PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA

Principia–se, o Capítulo 2, afirmando que o direito é ferramenta basilar dos Estados Democráticos de Direito e Social, e no Brasil, para a defesa dos direitos infanto-juvenis, as declarações internacionais e as normas cogentes são fundamentais, porque representam a possibilidade de dar guarida a estes sujeitos de direito. Assim, se verificam declarações e normas recepcionadas e advindas do cenário internacional. Para tanto apresentam-se as principais declarações e normativas internacionais e nacionais para que se possa buscar a Efetividade dos Direitos da Criança à Educação na Primeira Infância no Brasil.

2.1 A evolução Internacional da Proteção a Criança e ao Adolescente e a Primeira Infância

O marco temporal de proteção internacional aos direitos da criança ocorre no século XX, com a criação das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho, sendo que após a Segunda Guerra Mundial, o movimento de defesa destes direitos, se difundiu com a criação do Fundo Monetário Internacional para “el Socorro a la Infancia, y luego la Declaración de los Derechos den Niño, firmada en 20 de noviembre de 1959. El más comprensuble y ambicioso instrumento respecto a dicha protección fue la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño[203]”. Mesmo assim, se fará referência ao século XVIII para motivar o tema, concernente aos direitos humanos.

No cenário internacional verifica-se que a Organização das Nações Unidas atua de forma efetiva, para influenciar no desenvolvimento de normas nacionais e de práticas administrativas e judiciais, relativas aos direitos humanos, dialogando ainda, com os governos locais, na tarefa de por fim às violações destes

[203] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 23.

direitos, reparando os casos concretos[204]".

No aspecto conceitual, a Sociedade precisa estar vigilante no trato da Primeira Infância, destacando que Kofi Annan, na época Secretário-geral da Organização das Nações Unidas, em informe da UNICEF, comentou sobre o estado mundial da infância em 2001, realçando a atenção prioritária que os Estados responsáveis deveriam dar a questão, com normas, programas e recursos públicos, destacando ainda, que este ciclo de zero a três anos, na verdade é o que recebe menos atenção, visualizando uma tragédia para a criança quanto para os países[205].

Como visto, o marco temporal de proteção internacional aos direitos da criança ocorre no século XX, com a criação das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Outro ponto importante é revelado no informe da UNICEF em 2001, que textua a primeira infância como direito social que menos recebe atenção por parte dos Estados, revelando-se em tragédias para a criança e para os Estados.

2.1.1 A Declaração dos Direitos do Homem e o Cidadão de 1789

O ponto de partida para estudo dos direitos da criança se vincula a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando sua "intención que impulso a la Asamblea Nacional francesa a aprobar una declaración de derechos fue dotar a Francia de un nuevo régimen político[206]".

Na declaração francesa de 1789[207] estava, a criança, compreendida de forma implícita, porque os direitos dedicados ao homem também são direitos da criança e vice-versa e, na atualidade, os direitos da criança também são do homem,

---

[204] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 34.

[205] BALAGUER, Irene; Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p.194.

[206] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo II:siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, p. 228.

[207] BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html.Acesso em 10 de janeiro de 2015.

sendo indissociáveis, em vigor a partir do nascimento[208].

Assim, o marco teórico de inclusão implícita da criança nas declarações, situa-se tanto na Declaração francesa de 1789 quanto na Declaração Universal de 1948, e implica uma obrigação de admitir que, ao abstrair o termo homem, seus direitos também são das crianças ou de forma inversa. Também na declaração de 1959, em seu preâmbulo e na Convenção de 1989, tem-se a clareza de que os direitos da criança são indissociáveis dos direitos do homem, sendo que a liberação do homem se conquista passo a passo desde a infância[209].

Por outro lado, Gregório Peces-Barba Martínez e Ricardo Manrique García revelam que este texto servirá de paradigma para toda humanidade e que as discussões para sua elaboração ocorreram entre 20 e 27 de agosto de 1789, discutindo-se dia-a-dia determinados artigos. Fez crítica aos dias 26 e 27 de agosto de 1789. No dia 26 de agosto, quando formulado o artigo 16, criticaram a falta de debates em um artigo tão importante para o futuro da cultura política e jurídica moderna. Este artigo afirmava que toda Sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não tem Constituição. No dia 27 ainda discutiu-se sobre a inclusão de mais dois artigos acerca da proteção própria do Estado social, mas não foram aceitos, talvez, serem anteriores ao tempo dos participantes, cristalizando assim a data de 26 de agosto de 1789 como da declaração. Ainda para Peces-Barba Martínez "no es que sea tan relevante la fecha del 26 de agosto, si no se contempla por la del 5 de octubre y la del 3 de noviembre de 1789, aunque ciertamente la discusión parlamentaria se cerro el 26 de agosto, quizás sin que los parlamentarios fueron plenamente conscientes de que habían aprobado un texto que sería paradigma de la racionalidad de los derechos humanos[210]".

Acresce ainda que **"**el mundo de los derechos humanos no acaba en 1789, como por otra parte la realidad se ha encargado de demostrar, su valor es vivo

[208] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.
[209] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.
[210] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo II:siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, pp. 201 a 211.

y dinámico para avanzar en la defensa de la dignidad del hombre, para que pueda realizar su libertad o su independencia moral, y como modelo de justicia material del ordenamiento jurídico"[211]. É esta conceituação de justiça material que poderá servir de elemento para a efetivação do direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Observou-se na declaração francesa de 1789, que a criança, está compreendida de forma implícita, porque os direitos dedicados ao homem também são direitos da criança e vice-versa e, na atualidade, os direitos da criança também são do homem, sendo indissociáveis, em vigor a partir do nascimento.

2.1.2 Declaração de Genebra de 1924

Como precedente a Declaração de Genebra de 1924, em 1919 foi criada a Save the Children, organização não governamental, que serve de marco histórico de atuação deste tipo de atividade, desvinculada dos Estados. Em sua atual experiência visa proporcionar oportunidades educativas e proteção a crianças em situação de emergência. Auxilia as comunidades na administração de escolas, na formação de professores, no desenvolvimento de políticas de educação e na formação acadêmica desde que centrada efetivamente na criança, sendo estes os atores chaves para seu próprio desenvolvimento[212]. E esta é a característica basilar da Save the Children ao colocar a criança como centro do seu próprio desenvolvimento, podendo contextualizar que quando se está sem escola de educação na primeira infância seria situação de emergência, mas que se generalizou-se no país cultura de descumprimento da obrigação jurídica por parte do Estado, e que serve de marco para a discussão da temática da criança em 1924 [213]. Deve-se ter a lembrança de que a organização não governamental internacional Save the Children que "trabaja para la defensa y promoción de los derechos de la infancia, em el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño

[211] PECES-BARBA MARTÍNES, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo II:siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, p. 217.

[212] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergência. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 150.

[213] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergência. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 150.

de Naciones Unidas, y que lucha por un mundo más justo para todos los niños y las niñas[214]". Ainda, destaca que em 2015 todas as crianças do mundo poderão completar sua educação primária, segundo a Meta do Milênio das Nações Unidas, definida em setembro de 2000, reconhecendo que todos tem Direito à Educação nos termos do Art. 28[215] da Convenção das Nações sobre os Direitos da Criança de 1989.

E como resultado da atuação da Save the Children se tem demonstrado que os "jóvenes que no reciben educación tienen más posibilidades de crecer pobres, con peor salud, y es más problable que sus propios hijos mueran siendo niños Conseguir que todos los niños tengan una educación de calidad es una de las líneas prioritárias del trabajo de Save de Children[216]".

Assim, de forma explícita, os direitos da criança surgem com a declaração de Genebra de 1924. Nela são citados os direitos da criança em um instrumento jurídico, quando a Assembleia da Sociedade das Nações adotou uma resolução, endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada no ano anterior pelo Conselho da União Internacional de Proteção à Infância (*Save the Children International Union*), organização de caráter não-governamental. Nos termos da Declaração, os membros da Sociedade das Nações são chamados a

---

[214] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergência. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 145.

[215] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 28. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e accessíveis a todas as crianças;e) adotar medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção.3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

[216] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergência. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009,p. 146.

guiar-se pelos princípios deste documento, o qual passou a ser conhecido por Declaração de Genebra[217]". Deve-se afirmar que

> los niños no aparecen citados en la Carta de las Naciones Unidas ya que ésta no se refiere a ningún grupo de personas, sino al ser humano. Pero, el niño, em tanto que ser humano, tiene reconocido por la Carta su valor y dignidad y no puede ser objeto de discriminación por razón de su raza, sexo, idioma o religion. Y si bien nos antecedentes en derecho internacional respecto de los derechos de los niños es anterior a la Carta de las Naciones Unidas, de hecho en época de la Sociedad de Naciones fue adoptada la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, es a partir de la Carta cuando puede hablarse de un desarrollo normativo en favor de los mismos[218].

Ishida[219] chama atenção a 1924 porque foi o primeiro documento relativo à criança e ao adolescente e ali estava determinada uma proteção especial à criança constitui, portanto, uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Para Veronese[220] a ideia de proteção especial da população infanto-juvenil encontra seu marco na Declaração de Genebra de 1924, que já determinava a necessidade de se garantir à criança uma proteção especial. No mesmo sentido, Cury e Silva[221] inferem que a Declaração de Genebra de 1924 determinava a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial. Para Luque "su adopción como el momento a partir del cual se hace recaer sobre la sociedad y el Estado la responsabilidad de asegurar el futuro de los menores de edad[222]".

A Declaração de Genebra revela que a criança passa a ser um sujeito de direitos e que merece, da Sociedade internacional, um tratamento diferenciado e especial em razão de suas necessidades e hipossuficiência, em relação aos adultos que estão no poder e fazem a governança global estatal e paraestatal. Destaca-se ainda que o Brasil participou da criação da Sociedade das Nações (1919-1946) ou

---

[217] ONU. **Gabinete de Documentação e Direito Comparado**. http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA. Acesso em 18 de dezembro de 2014.
[218] OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha Gonzáles (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in **La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales,** Madrid : Marcial Pons, 2010, p.76-77.
[219] ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 14ª ed. São Paulo : Atlas, 2013, p. 2.
[220] VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis m: OAB/SC Editora, 2006, p. 8.
[221] CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; Mendez, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 12.
[222] LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p.35.

Liga das Nações até 1926, sendo portanto signatário desta declaração.

Deve-se ainda lembrar que em 1927 fundou-se o Instituto Interamericano da Criança, integrado a Organização dos Estados Americanos como organismo especializado, em 1949. Em seu desiderato está presente a promoção e consolidação das Democracias na região, no intuito de construir uma cultura de respeito aos direitos humanos, em especial à criança e adolescência, tomando-se como referentes, atual atuação da Convenção dos Direitos da Criança e Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969[223]. Este órgão internacional é importante para a efetivação do direito social à educação na primeira infância e tem por missão cooperar com os governos dos Estados membros para o planejamento de ações promocionais que visam o desenvolvimento de atividades teóricas, com os devidos instrumentos técnicos e que deve obrigatoriamente contribuir para a proteção integral da criança[224].

Antes de adentrar a Declaração Universal dos Direito Humanos de 1948, verifica-se que em 1946, outro órgão fundamental para proteção dos direitos da criança decorre de ações das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial, quando se desenvolveu campanhas de assistência a crianças pelo Fundo de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), este criado em 1946, com o fim específico de atender necessidades decorrentes da falta de alimentos, medicamentos e roupas para as crianças da Europa e da China. No ano de 1950, a Assembleia Geral das Nações Unidas modificou a principal orientação do fundo que passa a se dirigir a toda a criança dos países em desenvolvimento. O ano de 1953 tornou-se importante pela mudança de significado da UNICEF, e mesmo permanecendo com sua sigla, a Assembleia Geral das Nações Unidas, permitiu a continuação de seu trabalho por tempo indefinido, modificando sua denominação para Fundo das Nações Unidas para a Infância[225]. Este referente é tão importante para a Efetividade de direitos fundamentais, possuindo valor inestimável, quando representada no aspecto simbólico pela recepção do Prêmio Nobel da Paz recebido

[223] OEA. **Organização dos Estados Americanos**. http://www.iin.oea.org/ Acesso em 7 de abril de 2016.
[224] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Fierro, Sara Oviedo. Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 383.
[225] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 43.

em 1969, justamente dez anos depois da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que centrava-se na busca do progresso substancial e cimentado dos princípios que devem reger a criança, que por si só estão longe de terminar[226].

Como afirmado, a Declaração de Genebra de 1924 (da qual o Brasil foi signatário), apresenta de forma explicita um instrumento jurídico que contém os direitos da criança. Entre eles, estão a proteção especial à criança e seu reconhecimento como sujeito de direitos. E em razão de sua hipossuficiência e vulnerabilidade, a Sociedade e o Estado passam a ter responsabilidade pelo pleno desenvolvimento infantil.

2.1.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Chega-se ao tempo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações no dia 10 de dezembro, em Paris na França. Notadamente as Nações Unidas procuram atuar para influir e desenvolver normas jurídicas nacionais estatais com práticas administrativas e judiciais relativas aos direitos humanos, fazendo os governos se convencerem a por fim nas violações de direitos e na reparação de casos concretos[227].

Em perspectiva internacional, a Declaração Universal de 1948, se valora como primeiro segmento da Carta Internacional de Direitos Humanos, compreendida ainda pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e seu protocolo facultativo(adotados em 1966)[228].

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 se concebe, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a indissociabilidade entre os direitos do homem e da criança de forma implícita, respeitando-os desde o nascimento[229]. Essa declaração consagrou três objetivos

---

[226] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 98.
[227] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 34.
[228] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 35.
[229] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.**

fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para com os indivíduos, a segurança dos direitos, impondo uma série de normas e a possibilidade de direitos, exigindo meios necessários à fruição destes direitos[230]. Também pode-se afirmar que ela é apenas o início de um processo, cuja realização ainda não é possível ver, entretanto a declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas[231].

Embora considerada como declaração dotada da complexidade de ser norma *jus cogens* ou não, a Declaração Universal de 1948 se apresenta como uma exposição de objetivos que devem alcançar os Governos e, como resultado ou consequência, direito internacional obrigatório, justamente pelo caminhar do considerável peso moral de suas subscrições a mesma. No mesmo sentido, denota-se que a Conferência Internacional das Nações Unidas de 1968, sobre direitos humanos atesta que a Declaração de 1948 constitui-se em verdade, na obrigação de cumprimento pelos membros da comunidade internacional, mas como afirmado, não são consideradas norma *jus cogens*. Porém, substancial afirmar-se que a Declaração exerce um papel considerável, quando influencia as Constituições, normas jurídicas nacionais e decisões dos tribunais nacionais[232].

Ao analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, verifica-se efetivamente, que a criança é detentora de direitos humanos e a infância, como vetor de cuidados, proteção especial e social. No artigo 25[233] da declaração está afirmado que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.

[230] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

[231] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

[232] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 35.

[233] UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Artigo 25.1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de junho de 2014.

A declaração, em seus trinta artigos, ainda retrata a inauguração do direito internacional dos direitos humanos e retrata o pensamento global da época com a assinatura de 58 Nações ao ato. Sua importância é reveladora e marca os textos internacionais do presente, sendo verdadeiro ideário de defesa dos direitos humanos. E num olhar sobre sua organização, constata-se que está dividida, no intuito de antever a exposição dos pactos de 1966, vez que os dois primeiros artigos[234] relatam que todos os seres humanos, sem distinção, nascem livres e iguais em direitos e dignidade, formulando princípios basilares de igualdade e não discriminação para a fruição dos direitos e liberdades fundamentais[235].

Ressalta-se que a partir deste ponto, se faz uma inversão de perspectiva no trilhar desta, ordenando os Direitos Sociais, econômicos e culturais em primeiro lugar, vez que a crença e concretude destes direitos representam a possibilidade de fruição dos direitos civis e políticos. Desta forma, entre os artigos 22 a 28[236]

---

[234] UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Artigo 1.Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo 2.1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de junho de 2014.

[235] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p.35.

[236] UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948** Artigo 22.Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Artigo 23. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4.Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.Artigo 24 Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. Artigo 26. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A

encontram-se os direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais: um nível de vida adequado à saúde e bem-estar (compreendidos a alimentação, vestuário, moradia e assistência médica), a proteção à maternidade, infância e Direito à Educação.

Quando analisado o artigo 25.2 (já citado) da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhece-se claramente que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais, entendida como real sujeito de direitos a quem corresponde o exercício e gozo de todos os direitos humanos, mencionados em posição de progressividade[237].

No artigo 28 inclui-se um novo direito: todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente efetivados. Neste ponto fundamentam-se os Direitos Humanos Emergentes, categoria que será explicada no decorrer da presente pesquisa, e, que para Garcia, "podemos reconocer en el mismo artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al desbordar el catálogo de derechos humanos reconocidos en las constituciones y las legislaciones estatales y ser el gérmen del desarrollo y garantía de esos derechos en el orden internacional [238]". O eixo central deste artigo estabelece conexão entre a pessoa humana e a ordem internacional. Conexão que tem como norte, duas ideias:

> de un lado, se vincula al ejercicio efectivo de estos derechos al establecimiento de um "orden internacional" que los haga posibles, y se considera que el establecimiento mismo de ese orden es um derecho humano fundamental; de outro lado, la Idea de un "orden social" se aborda

---

instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. Artigo 27. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor. Artigo 28. Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados. http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de junho de 2014.

[237] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 115.

[238] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 707.

> desde una perspectiva mundial; el “orden social” que ha de posibilitar el ejercicio de los derechos humanos, no se circunscribe sólo al marco estatal donde el individuo desarrolla su vida pública o privada, sino que se sitúa también en plano privado[239].

Ainda sobre os artigos 22 a 28 figuram: o trabalho e sua livre escolha; igual salário por trabalho igual; remuneração equitativa e satisfatória que asegure uma existência conforme a dignidade humana; o direito ao descanso e tempo livre; um nível de vida adequado para a saúde e bem-estar (compreendidos como alimentação, vestuário, residência e assistência médica, com especial proteção à maternidade e à infância, e à educação, compreendida ainda como direito dos pais em escolherem a educação de seus filhos). No artigo 29 está afirmado que toda pessoa tem direito à comunidade e nela deve desenvolver livre e plenamente sua personalidade. Adiciona ainda que no exercício de seus direitos e desfrute das liberdades, toda pessoa estará somente sujeita às limitações estabelecidas pela lei com o fim de assegurar o reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades dos demais, procurando satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral. Estes direitos e liberdades não podem ser exercidos em oposição aos propósitos e princípios das Nações Unidas[240].

De outro modo, os dois primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 revelam que todos os seres humanos, sem distinção alguma, nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e formulam os princípios básicos da igualdade e não discriminação para o desfrute dos direitos e liberdades fundamentais.

Notadamente, entre os artigos 3 a 21 discorre sobre os direitos civis e políticos que tem todos os seres humanos, figurando, por exemplo, o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, à proteção contra a escravidão ou servidão, proteção contra à tortura e penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como o direito efetivo de ter a proteção dos tribunais, em caso de violações dos direitos humanos, em casos também de liberdade contra prisões arbitrárias, ou

---

[239] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 707.

[240] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 36.

ainda o direito de liberdade de circulação e residência, nacionalidade, asilo, formar família, direito à propriedade, liberdade de pensamento, consciência ou religião, liberdade de opinião e expressão; liberdade de reunião e associação pacíficas, como também a participação no Governo de seu País e igualdade de acesso às funções públicas[241].

Em síntese, "podemos decir que la Declaración Universal de Derechos Humanos desborda en marco de reconocimiento de los derechos humanos acuñados en las constituciones y legislaciones nacionales estatales[242]".

E no que se refere à força jurídica deste documento deve-se lembrar que o art. 38 da Corte Internacional de Justiça[243] faz parte do direito internacional.

Para Fabio Konder Comparato[244], os direitos definidos na Declaração de 1948, correspondem integralmente ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), ou seja, inderrogáveis e aceitas pela sociedade internacional, modificáveis por nova declaração. Afirmação esta que será contestada neste capítulo.

Porém, se reconhece que em 1968 a Conferência Internacional das Nações Unidas, sobre Direitos Humanos, afirmou que a Declaração constituía uma obrigação para os membros da comunidade internacional[245]. Mesmo assim, sua obrigação é moral e não jurídica, não sendo portanto norma *jus cogens*.

---

[241] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 35-36.

[242] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 706.

[243] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** Artículo 38. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizada. http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php. Acesso em 10 de maio de 2015.

[244] COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. V ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 227.

[245] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 35.

Assim, constata-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi justificada como instrumento contra as violações praticadas pelos Estados em detrimento dos indivíduos. Numa perspectiva Internacional, a Declaração Universal de 1948, se valora como primeiro segmento da Carta Internacional de Direitos Humanos, compreendida ainda pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e seu protocolo facultativo (adotados em 1966).

Nela reitera-se que a criança tem direito à proteção especial e, principalmente social, fazendo crer que, a partir deste ponto, se faz uma inversão de perspectiva, ordenando os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (artigos 22 a 28) em primeiro lugar, vez que a crença e concretude destes direitos representam a possibilidade de fruição dos direitos civis e políticos (artigos 3 a 21). Com isto se assentam novas possibilidades de compreensão das responsabilidades do Estado com a infância.

2.1.4 A Declaração dos Direitos da Criança de 1959

No dia 20 de novembro de 1959 em aprovação unânime de 78 Nações, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança. Foi a primeira declaração universal de direitos, relativa a um grupo de seres humanos, as crianças e "al mismo tiempo que invoca principios exclusivos en la interpretación de los derechos del niño – con el interés superior del niño-; que incorpora una amplia visión del niño, en tanto que titular de los derechos enunciados, y ló considera tanto de manera general como atendiendo a circunstancias particulares[246]".

Não se pode deixar de acompanhar o enlace histórico que ocorreu no século XX, quanto à proteção aos direitos da criança, onde se verifica que, com a criação das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho, e após a Segunda Guerra Mundial, o movimento de defesa destes direitos, se difundiu com a criação do Fundo Monetário Internacional para "el Socorro a la Infancia, y luego la Declaración de los Derechos den Niño(...) el más comprensuble y ambicioso

[246] LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p.48.

instrumento respecto a dicha protección fue la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño[247]".

Em seu preâmbulo[248], a humanidade deve entregar à criança o melhor que puder dar-lhe, e, reconhece a urgência e convicção da comunidade internacional em efetivar uma declaração para contemplar as necessidades especiais de crianças e adolescentes. Assinala-se também que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento, visto que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra de 1924 e reconhecida na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança, visto que a humanidade deve a criança o melhor de seus esforços. E quando faz a proclamação dos direitos, enfatiza que a criança deve ter uma infância feliz, gozando dos direitos e liberdades, expostos na declaração. Faz ainda um apelo ao reconhecimento e empenho no cumprimento da declaração em medidas legislativas e outras, aos pais, homens, mulheres, organizações voluntárias e governos.

Seu preâmbulo é fundamental porque apresenta a premissa de que os direitos da criança são "indisociables de los del hombre como recuerda el Preámbulo

---

[247] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 23.

[248] UNICEF. **Declaração dos Direitos da Criança**. PREÂMBULO. Considerando que os povos da Nações Unidas, na Carta, reafirmaram sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, e resolveram promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. Considerando que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamaram que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Considerando que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento. Considerando que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança. Considerando que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. Assim, a Assembléia Geral, Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios(...). http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracao_dos_Direitos_da_Crianca.pdf. Acesso em 20 de outubro de 2014.

de la Declaración de 1959 y el de la Convención de 1989; la liberación del hombre se destruye o se conquista paso a paso desde la infancia[249]. Ainda, que a humanidade deve entregar à criança o melhor que puder dar-lhe, e, reconhece a urgência e convicção da comunidade internacional em efetivar uma declaração para contemplar as necessidades especiais de crianças e adolescentes[250].

Em sua parte dispositiva é dividida em 10 premissas que relatam o desejo de plenitude e proteção integral à criança, sendo examinados a partir deste ponto, tendo por referência o site da UNICEF citado. Gonzáles comenta, dizendo que

> En diez principios cuidosamente redactados, la Declaración afirma los derechos del niño: a disfrutar de protección especial y a disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarollarse de forma sana y normal, en condiciones de libertad y dignidad; a tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; a disfrutar de los benefícios de la seguridad social, inclusive nutrición adecuada, vivienda, recreo y servicios médicos; a recibir tratamiento, educación y cuidados especiales si tienen algún impedimiento; a crecer en un ambiente de afecto y seguridad y, siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; a recibir educación; a figurar entre los primeros que reciban protección y socorro en casos de desastre; a estar protegidos contra todas las formas de abandono, crueldad y explotación; y a ser protegido contra prácticas que puedan fomentar cualquier forma de discriminación; finalmente la Declaración recalca que el niño debe ser educado en uno espíritu de compresión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz e fraternidad universal[251].

Num olhar sobre os princípios da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, verifica-se que, no primeiro, se destaca que toda criança terá direito aos direitos e liberdades propostos, sendo que sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

No segundo princípio está evidenciada a proteção especial que deve ser dada a criança para o seu desenvolvimento integral, alicerçado na norma jurídica que deve ser construída, levando-se sempre em conta os melhores interesses da criança, ao permitir que alcancem a dignidade e liberdade de forma normal e sadia.

---

[249] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.
[250] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 50.
[251] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 50-51.

Sem dúvidas o grande mérito deste princípio vincula os governantes com o claro recado para construção da norma que deve sempre ser construída levando em conta este sujeito de direito chamado “criança”.

O terceiro, quarto e quinto princípios tratam do estatuto pessoal que entrega à criança personalidade civil e nacionalidade, bem como garantias sociais como previdência social, alimentação e saúde (inclusive pré-natal e pós-natal e as incapacitadas).

O sexto princípio trata da segurança moral e material que deve existir na relação entre a criança e seus pais, indexadas pela extrema responsabilidade, para que tenham um desenvolvimento integral e harmônico com amor e compreensão.

A importância em tratar do sétimo princípio está assentada na ideia de que a Educação desde o nascimento é o norte de transformação e valoração dos direitos da criança. Assegurar como previsto na declaração o direito de receber Educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário e que atenderá os melhores interesses da criança. Percebe-se a preocupação internacional no assunto, revelando que este direito de Educação não está vinculado a idade mínima, mas a toda criança. No oitavo princípio destaca-se a prioridade da criança em receber proteção e socorro, enquanto que no nono e décimo princípios protege-se a criança de qualquer forma de negligência, crueldade, exploração ou discriminação qualquer, quer seja, social, econômica, física, racial, religiosa ou laboral. Deixa por fim, a mensagem dispositiva de que a criança deve criar-se em um ambiente de compreensão, tolerância, paz, fraternidade e consciência de que seu esforço é colocado a serviço de seus semelhantes.

Ainda, se deve lembrar que para Gonzáles são três os princípios fundamentais da declaração, “los derechos del niño son susceptibles de ser considerados en diversos contextos que corresponden a su evolución hacia la edad adulta. El conjunto de estos derechos está dominado por tres principios fundamentales: protección especial del niño; no discriminación y desarollo físico y moral sano[252]”. Não se pode esquecer do ponto referencial deste trabalho, ao contemplar na declaração que “el niño deberá recibir una educación que fortalezca

[252] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 51.

su cultura general y le posibilite, con igualdad de oportunidades, desarollar sus aptitudes y criterio personal, su sentido de la responsabilidad social y moral, todo ello con miras a lograr su realización como miembro útil del grupo social en el que se desenvuelve[253]“.

Em síntese, a Declaração de 1959 impõe que a criança deve ser educada em um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universal[254].

Esta Declaração enfatiza que a criança deverá receber uma educação eficaz para o desenvolvimento de uma cultura integrada pela igualdade de oportunidades, para o desenvolvimento de atitudes que a revelem como realizada por ser membro útil ao seu grupo social[255].

Como visto, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 apresenta as premissas básicas deste importante sujeito de direitos que estão assentadas na doutrina da proteção integral da criança possibilitada pelas assertivas expostas, como proteção especial, prioritária e principalmente normativa, deixando clara a mensagem aos governantes que as normas jurídicas deverão levar sempre em conta, os melhores interesses da criança. Para Chaves[256], a Declaração Universal dos Direitos foi um documento fundamental para nossa civilização (...) e entre outras considerações, que a criança, em decorrência de sua maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento e que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. No pensar de Veronese[257] a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, assinada pelo Brasil, representa princípios e não obrigações para os Estados signatários. Por outro lado, a Declaração se constitui em guia para o comportamento dos pais, educadores e autoridades públicas, contendo “un catálogo

---

[253] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 115.

[254] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 50-51.

[255] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 115.

[256] CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo : LTR, 1997, p. 33.

[257] VERONESE, Joseane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis : OAB/SC Editora, 2006, p.8.

de derechos que tienem que ser reconocidos a todos los niños sin exepción alguna ni discriminación, siendo el interés superior del niño, el critério fundamental al que tendrán que atenerse las leyes nacionales para que el niño goce de una protección especial[258]".

Declaração esta que infere nos objetivos da UNICEF, tendo estabelecido a fruição de direitos básicos e privilégios, a UNICEF passa a conjugar objetivos humanitários de desenvolvimento, colaboração com países em desenvolvimento no esforço de proteção das crianças oferecendo possibilidades de desenvolvimento de todo seu potencial. Esta cooperação se faz no contexto de que ocorram esforços nacionais de desenvolvimento com o real objetivo de atribuir a cada criança a oportunidade de fruição dos direitos básicos e dos privilégios enunciados na Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1959, contribuindo assim, com o progresso e bem-estar de seus Países[259].

Outro ponto a ser destacado é que as declarações internacionais firmadas e aqui relatadas não passam por um processo de ratificação dos Estados, nem representam norma jurídica obrigatória, porém representam o ideário e a inspiração dos povos internacionalmente conceituados na busca de atender suas premissas em prol dos direitos humanos.

Como verificado nesta parte do capítulo 2, esta fase de declarações, em benefício da criança e do adolescente avançaram no século XX, quando no dia 20 de novembro de 1959 em aprovação unânime de 78 Nações, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança. Tal fato é relevante porque pela primeira vez foi firmada uma declaração universal de direitos, relativa a um grupo de seres humanos, as crianças.

No seu teor, constata-se desde o preâmbulo que a humanidade deve entregar à criança o melhor que puder dar-lhe, e, reconhece a urgência e convicção da comunidade internacional em efetivar uma declaração para contemplar as

---

[258] OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha Gonzáles (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in **La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales,** Madrid : Marcial Pons, 2010, p.77.
[259] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 43.

necessidades especiais de crianças e adolescentes.

Destacam-se para o tema, entre os princípios, o segundo e o sétimo. No segundo princípio está evidenciada a proteção especial que deve ser dada a criança para o seu desenvolvimento integral, alicerçado na norma jurídica que deve ser construída, levando-se sempre em conta os melhores interesses da criança, ao permitir que alcancem a dignidade e liberdade de forma normal e sadia. Sem dúvidas o grande mérito deste princípio vincula os governantes com o claro recado para construção da norma que deve sempre ser construída levando em conta este sujeito de direito chamado criança.

O sétimo princípio assenta a ideia de que a Educação desde o nascimento é o norte de transformação e valoração dos direitos da criança. Assegurar como previsto na declaração o direito de receber Educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário e que atenderá os melhores interesses da criança. Percebe-se a preocupação internacional no assunto, revelando que este direito de Educação não está vinculado a idade mínima, mas a toda criança.

Como visto, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 apresenta as premissas básicas deste importante sujeito de direitos que estão assentadas na doutrina da proteção integral da criança possibilitada pelas assertivas expostas, como proteção especial, prioritária e principalmente normativa, deixando clara a mensagem aos governantes que as normas jurídicas deverão levar sempre em conta, os melhores interesses da criança.

2.2 A Proteção Jus Cogens dos Direitos Infanto-juvenis na Esfera Internacional

Rompendo com o simples caráter declaratório, mas valorados, como preâmbulo dos direitos infanto-juvenis, surgem a partir de 1966, as normas jurídicas cogentes que passam a obrigar e vincular os Estados num caminhar para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Quanto à questão do Jus Cogens de ditames internacionais é preciso esclarecer que declarações acarretam ao Estado, conduta de política internacional a serem aplicadas, enquanto que normas advindas de tratados, pactos ou convenções

ratificados ou recepcionados pelos Estados, impõem obrigação jurídica a ser fielmente cumprida.

As Normas Jus Cogens obrigam Estados a dar imediata atenção aos direitos infanto-juvenis, quando forem afetados por qualquer caso concreto de descumprimento de seus direitos, como por exemplo, no caso da aplicação da a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. As deficiências ou limitações, apresentadas nesta Convenção "no debieran desvirtuar este importante logro en el desarrollo progresivo del Derecho Internacional do los Derechos Humanos sino que, por el contrario, este último debiera servir de estímulo para una cada vez más exigente y depurada técnica jurídica en la interpretación de las disposiciones de este tratado y en el compromiso adquirido respecto a él por los Estados Partes[260]".

De outro modo, Normas Jus Cogens, reconhecidas no Direito Internacional contemporâneo são normas imperativas e de alcance geral, sendo inderrogáveis, expressando valores essenciais da Comunidade Internacional, respondendo a interesses coletivos de grupos sociais a que se dirigem. Essas normas gozam de caráter dinâmico, ajustadas de acordo com a evolução, aspirações e necessidades dos grupos sociais[261].

A norma *jus cogens* é dinâmica e deve ser examinada no caso dos direitos da criança, como possibilidade progressiva, destacando "la obligada atención al interés superior del niño en todos asuntos que le afecten y su derecho a la identidad. Cuando señalamos la "obligada atención" al interés del niño a que dicho principio deba ser imperativamente considerado en toda circunstancia[262]". O que se tem por derradeiro, de um lado, é que se deve considerar a Convenção de 1989 como norma *jus cogens*, considerando este conceito como dinâmico e em progressividade, sempre numa posição variável e cambiante, procurando atender as prerrogativas decorrentes do interesse superior da criança. De outro, se um Estado ratificou uma convenção, não tem porque negá-la como norma *jus cogens*. No caso Brasileiro, importa ressaltar que as normas internacionais de direitos humanos

[260] LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p 423.
[261] LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p 378-379.
[262]LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p 397.

ratificados possuem, no ordenamento jurídico status de emenda à Constituição ou normas supralegais. Assim parte-se agora para a identificação das principais normas jurídicas internacionais ratificadas pelo Brasil na seara dos direitos da criança.

2.2.1 Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966

Em razão de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, exarada por resolução da Assembleia Geral da ONU, não possuir força normativa, ou vinculante, estabeleceram-se trabalhos para a criação de tratados que contemplem esta necessidade normativa para os Estados. Em 1966 foram adotados dois Pactos Internacionais pela Assembleia Geral da ONU e postos à disposição dos Estados para a devida ratificação, sendo o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Civis e Políticos[263].

Justifica-se a elaboração dos dois tratados por compreender o conjunto dos direitos humanos, segundo o modelo da Declaração Universal de 1948, que foi resultado de compromisso diplomático. Isto porque as potências ocidentais insistiam no reconhecimento das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra abusos e interferências dos órgãos estatais na vida privada. Já os países do bloco comunista e africanos preferiam pôr ênfase aos Direitos Sociais e econômicos, com o objetivo de políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando de lado as liberdades individuais[264].

Uma importante característica dos pactos é que “son juridicamente vinculantes y los Estados que los han ratificados se han comprometido a observar los derechos específicos enunciados en los instrumentos[265]”. As disposições dos pactos obrigam a quem os ratifica, prevendo que seus direitos sejam reconhecidos como norma jurídica, razão pela qual, contém medidas sobre o cumprimento e disposições para um exame internacional, de forma que os Estados cumpram suas disposições[266]”.

---

[263] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.51-52.
[264] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 280.
[265] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 34.
[266] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 38.

Para uma reflexão sobre os Pactos de 1966, faz-se necessário considerá-los como tratados vinculantes juridicamente a todos os Estados que os tenham ratificado, cujo compromisso foi assumido com o ideário de observar e cumprir os direitos, especificados nos dois instrumentos. Com certeza as Nações Unidas esperam que os Pactos de 1966 tenham ainda uma adesão universal, revelando uma comunidade internacional pautada pelo respeito aos direitos humanos. Assim a sociedade global será enaltecida e guarnecida pela missão de dar plenitude aos cidadãos como verdadeiros sujeitos de direitos[267].

Estes pactos revelam a importância do tratamento da criança como sujeito e titular de direitos, e complementam a estrutura internacional dos direitos humanos revelando

> una serie de derechos a toda persona bajo la jurisdición de los Estados Partes, con independencia de su nacionalidad, estatus y condición, derechos que son aplicables a los niños. Sin embargo, los redatores del Pactos tuvieron en cuenta que la infancia y la adolescencia tienen derechos a cuidados y asistencias especiales, ante la falta de madurez física e mental, por lo que contiene disposiciones específicas en relación con los mismos, sin que sea determinado el limite de edad[268].

Entre os cuidados especiais, com relação a Efetividade de direitos em relação a criança, na comparação entre os pactos, pode-se afirmar “por ejemplo, el derecho civil y político al reconocimiento de la personalidad jurídica debe ponerse en vigor inmediatamente. Pero, existen derechos econômicos, sociales e culturales, como el derecho a la educación, que deben perseguirse progresivamente, mientras se va capacitando a maestros y se van construyendo escuelas[269]”.

Em sua estrutura organizacional, os pactos determinam a criação de órgãos das Nações Unidas que supervisionem a aplicação dos direitos protegidos pelos Estados Parte. O Conselho Econômico e Social criou um Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o objetivo de examinar os progressos realizados pelos Estados Parte na aplicação do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para a aplicação do Pacto de Direitos Civis tal encargo está nas

---

[267] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 34.

[268] OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha Gonzáles (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in **La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales,** Madrid : Marcial Pons, 2010, p.77

[269] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 40.

mãos do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas[270].

Faz-se necessário retornar a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Assim é importante destacar que o exercício dos direitos e liberdades da pessoa podem estar sim apresentados com limitações, e obrigatoriamente devem estar estabelecidos em norma jurídica, com o fim de de assegurar o reconhecimento dos direitos aos demais. Satisfazer ainda as justas exigências, no pacto da moral, ordem pública e bem-estar geral da sociedade democrática, sendo que os direitos não podem suprimir nenhum direito ou liberdade proclamado pela Declaração. Por outro lado o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais podem ser submetidos a limitações, determinadas em normas jurídicas, mas somente em medidas conciliáveis com a natureza destes direitos e com o exclusivo objetivo de bem estar de uma sociedade democrática. Já, o Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos não contém nenhum disposição aplicável a todos os direitos deste pacto, que autorize limitações ao seu exercício. Sem contradições, vários artigos do Pacto estabelecem que os direitos não estarão submetidos a restrições, com exceção das previstas pelas normas jurídicas e as que sejam necessárias para proteger a seguridade nacional[271]. Revela-se que estas limitações não podem ocorrer com relação a discriminações por motivos de raça, sexo, cor, idioma, religião ou origem social, nem mesmo suspender os direitos à vida, a proteção contra a tortura, escravidão, prisão por dívidas, irretroatividade da lei penal, personalidade jurídica ou liberdade de pensamento, crença ou religião. Ademais tais restrições devem ser comunicadas à Organização das Nações Unidas.

Como consideração importante dos pactos, extrai-se que suas disposições obrigam os Estados que os ratificam, estabelecem que os direitos reconhecidos sejam normas jurídicas reconhecidas na esfera estatal. Neste sentido, os Pactos apresentam medidas sobre seu cumprimento e disposições para o exame internacional da forma com que os Estados cumpram com as obrigações impostas pelos Pactos. Dentro de uma perspectiva de Efetividade dos Pactos, se faz necessário estabelecer mecanismos inseridos na estrutura das Nações Unidas, por meio de órgãos, que possam supervisionar a aplicação dos direitos protegidos pelos

[270] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 40.
[271] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 44-45.

Estados Partes. Assim, o Conselho Econômico e Social da ONU criou um Comité de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com objeto específico de examinar os progressos realizados pelos Estados Parte diante da aplicação do Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. De outra banda, para a verificação da aplicação do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos criou-se outro órgão de autoridade sobre o tema, estabelecida pela instituição do Comitê de Direitos Humanos[272].

A grande expectativa das Nações Unidas, com relação aos Pactos de 1966, é aguardar o momento da adesão universal aos diversos instrumentos de direitos humanos de forma que todos os Estados estejam sujeitos a um sistema amplo de respeito e Efetividade nesta seara. De outra forma, pode-se afirmar que mesmo distante do ano de 1989(Convenção sobre os Direitos da Criança), houve lapso temporal suficiente para que os Estados se preparassem para a realização dos direitos reconhecidos no Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e que tivessem criado condições para facilitar a promoção destes direitos[273].

Muito embora, na busca de estabelecer uma similitude entre os dois Pactos e com referência à Efetividade dos direitos da criança, constata-se que o direito civil e político ao reconhecimento da personalidade jurídica, deve pôr-se em vigor imediatamente, enquanto que certos direitos econômicos, sociais e culturais, como o Direito à Educação, devem avançar de forma progressiva, capacitando professores e construindo escolas, como modelo transformador dos Estados, crendo que a educação é o caminho para a efetivação dos direitos da criança[274].

Para uma reflexão sobre os Pactos de 1966, fez-se necessário considerá-los como tratados vinculantes juridicamente a todos os Estados que os tenham ratificado, cujo compromisso foi assumido com o ideário de observar e cumprir os direitos, especificados nos dois instrumentos. Com certeza as Nações Unidas esperam que os Pactos de 1966 tenham ainda uma adesão universal, revelando

---

[272] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 38-40.
[273] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 40
[274] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 40.

uma comunidade internacional pautada pelo respeito aos direitos humanos. Assim a sociedade global será enaltecida e guarnecida pela missão de dar plenitude aos cidadãos como verdadeiros sujeitos de direitos, e em especial a criança.

2.2.1.1 O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, tendo vigência internacional em 1976 e 156 Estados partes[275]. Foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e Decreto presidencial nº 591/1992, expedido em 6 de julho de 1992.

É considerado o mais completo sobre a proteção destes direitos, sendo nominados de segunda geração, numa linguagem da ONU, e está formado por cinco partes e trinta e um artigos, precedidos por um longo preâmbulo, que indica detalhadamente as obrigações principais dos Estados Partes, conforme a carta das Nações Unidas para promover os direitos fundamentais e as obrigações e responsabilidades dos indivíduos[276].

Nesta assertiva, existem obrigações mínimas, fazendo com que os Estados estabeleçam um percentual de recursos para Efetividade dos Direitos Sociais, econômicos e culturais, quando na verdade, o mínimo seria o ponto de partida. Assim, têm-se níveis essenciais mínimos de proteção e garantia dos direitos fundamentais como definido no pacto. Já, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais decidiu que cada Estado Parte possui uma obrigação mínima de assegurar a Efetividade dos níveis essenciais de cada um dos direitos nele elencados. Por exemplo, Estado Parte em que um número importante de indivíduos seja privado de alimentos, atenção à saúde básica ou das formas mais básicas de educação estará descumprindo suas obrigações com o pacto[277].

---

[275] ONU. Departamento de Información Publica de Las Naciones Unidas. **La Naciones Unidas Hoy**. Nueva York : Naciones Unidas, 2009, p. 282.

[276] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 594.

[277] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael

Embora seu compromisso vincula ao reconhecimento de que a plena realização dos direitos elencados poderão ter êxito e Efetividade ao longo do certo tempo, com a certeza que serão criadas condições para sua promoção, é de destacar que são Normas Jus Cogens e necessitam ser cumpridas, quando ratificadas pelos Estados Partes.

Um dos grandes compromissos do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consiste na obrigação dos Estados Partes em comprometer-se com a proteção a assistência às famílias e à educação de seus filhos, bem como adotar medidas especiais de proteção e assistência à crianças e adolescentes[278].

Com o desejo de que o pacto se torne efetivo com o cumprimento das obrigações assumidas, está determinado que os Estados Partes tem o dever de adotar medidas para sua plena Efetividade, que poderá acontecer de forma progressiva, numa inserção temporal razoável para que os Estados Partes o realizem o quanto antes. Estas "medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto". Quanto à Efetividade progressiva, impõe uma postura contínua e crescente das medidas de cada Estado ratificante[279]. Ademais, mesmo reconhecendo que não são de simples ou rápida aplicação, os Estados deverão manter política adequada de informação aos orgãos internacionais para sua progressiva Efetividade.

Dois outros pontos são fundamentais para a Efetividade de um pacto fundamental para os direitos fundamentais e especialmente para o Direito Social à Educação na Primeira Infância. O primeiro trata da necessidade de recursos disponíveis para a concretude destes direitos, ao determinar que, embora a tarefa seja difícil, os Estados "deben determinar que recursos están "disponibles" y la

---

de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 611-612.

[278] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 116.

[279] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 605.

cantidade “máxima” que un Estado puede destinar a la efectividad de los ESCR. Para tanto, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem pedido para os Estados que atribuam prioridade, com um conteúdo mínimo essencial para as pessoas mais vulneráveis, e elaborar ao longo do tempo indicadores em observações finais, por exemplo: ao considerar o percentual orçamentário que se destina aos direitos econômicos, sociais e culturais e também, quanto orça para armamentos e defesa bélica. Em outra vertente, O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais roga aos Estados que façam um esforço especial para o combate à corrupção, lutando contra as formas ilegais que corroem os fundos e recursos públicos, promovendo a participação pública e a transparência nos processos de tomadas de decisão. Que possam estes mecanismos limitar as formas de ocultar e de furtar o patrimônio público em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais[280].

Ressalta ainda o artigo 10.3[281] que os Estados Partes reconhecem o dever de adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Deve-se proteger a criança contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças em trabalhos nocivos à moral e à saúde ou que ocorra algum perigo de vida, ou ainda que venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

Com relação ao Direito à Educação das crianças, o Pacto destaca que “debe considerarse la protección a la familia, así como una especial protección a las madres y a los niños(…)que toda persona tiene derecho a un nivel de vida

[280] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 608.

[281] ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**. Artigo 10.3 - Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento norma, será punido por lei.Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

adecuado, incluso alimentación, vestido y vivendas adecuados (...)Los Estados Partes han de establecer la enseñanza primaria obligatoria y gratuita a todos[282]". Requer a proteção estatal, quando textua que "se reconoce el derecho de todo niño, sín discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de menor requiera, tanto por parte de su família como de la sociedad y del Estado, al igual que el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad[283]". Também dispõe que os Estados se comprometeram a "otorgar a las famílias la más amplia protección y asistencia, mientras sean responsables del cuidado e educación de sus hijo, e igualmente adoptar medidas especiales de protección y asistencia a todos los niños y adolescentes[284]".

Como ponto relevante ao tema, está assentado, portando, que o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, recepcionado como norma *jus cogens*, considera que a criança deve ser incluída e protegida por sua família tendo uma proteção especial às mães e às crianças. O Pacto induz ainda que toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado, com alimentação, vestuário e residência adequados, inferindo ainda que Estados Partes tem que estabelecer o ensino primário obrigatório e gratuito a todos. Ademais, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais reconhece o direito de toda criança, sem qualquer discriminação a medidas de proteção que sua condição requeira, tanto por parte de sua família, como da sociedade e do Estado, assim como os direitos dados a toda criança de adquirir uma nacionalidade.

Mesmo que se reconheça a progressividade dos direitos elencados no Pacto, não se pode esquecer de que, num prazo razoável de tempo, os mesmos deverão se efetivar, após a ratificação pelos Estados Partes. Num breve pensar, já passaram mais de 40 anos de sua elaboração e mais de 23 anos de internalização no Brasil. Deve-se, portanto, exigir o cumprimento de forma plena, e, em especial no que tange ao direito social à educação na primeira infância. Seatzu destaca que "la obrigación de adoptar medidas se há considerado que crea obligaciones desde el

---

[282] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 37.
[283] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 38.
[284] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 116.

principio para los Estados Miembros. (...) el hecho de que la plena efectividade de los ESCR podrá lograrse de forma progresiva no excui que las medidas tendentes a lograr este objetivos deben adotarse dentro de un plazo razonablemente breve trás la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados[285]". E a Efetividade progressiva implica uma "tendencia continua y creciente en las medidas de cada Estado[286]". Reconhecendo que não são de simples ou rápida aplicação, os Estados deverão manter uma política adequada de informação aos órgãos internacionais para sua progressiva Efetividade.

Notadamente as medidas de proteção devem ser deliberadas, concretas e orientadas ao cumprimento das decisões pactuadas e reconhecidas no Pacto[287], sem reduzir o alcance das mesmas por norma interna de um Estado que o ratificou. Para Gonzáles, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "dice que los derechos enumerados en eso documento pueden ser sometidos a limitaciones determinadas por la ley, pero sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar en una sociedad democrática[288]".

As medidas de proteção e implementação do pacto incluem ações ou abstenções dos órgãos estatais, que visem facilitar a fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais a nível nacional ou internacional, de forma que possam ser suscitados na jurisdição local. Ações legislativas são fundamentais e estão relatadas no final "del artículo 2(1)[289] incluye "especialmente la adopción de

---

[285] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 604.

[286] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 605.

[287] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 604.

[288] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 44.

[289] ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**. ARTIGO 2º 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em

medidas legislativas. De hecho, las medidas legislativas son realmente esenciales para proteger los derechos económicos sociales y culturales, dado que unos cimientos legislativos sólidos ofrecen una base concreta para defender e implementar dichos derechos y libertades fundamentales[290]". Medidas estas que impõe também a modificação de normas contrárias ao Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), estabelecidas pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC), o orgão oficial de supervisão, que confere as funções decorrentes do Pacto. Ele é responsável por quatro funções "de supervisión conforme al ICESCR y al Protocolo facultativo de 2008: la revisión de los informes periódicos de los Estados Partes; la elaboración de Observaciones Generales; supervisionar el mecanismo de queja entre Estados; y supervisar el procedimiento de comunicación individual[291]". Em perspectiva, o pacto contém as disposições jurídicas internacionais mais relevantes para o estabelecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais compreendendo o trabalho a ser realizado em condições justas e favoráveis, proteção social, nível de vida adequado e o exercício da educação[292].

No âmbito de suas competências, o Comitê elabora observações gerais. Não são trabalhos acadêmicos nem atos legislativos, mas tem validade prática porque estabelece sua posição em significados dos Direitos Sociais, econômicos e culturais.

Na busca de um exemplo para compreensão da atuação deste Comitê, revela-se que o Pacto estabelece obrigações essenciais mínimas, fazendo com que os Estados determinem um percentual inicial, como ponto de partida para Efetividade dos Direitos Sociais, econômicos e culturais. Desta forma

---

particular, a adoção de medidas legislativas.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

[290] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 613-614.

[291] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 618.

[292] BARTLETT, Enric R; BARDAJI, Maria Dolores. **Del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los Objetivos del Milenio.** Bosch Editor : Barcelona, 2007, p. 49.

> Incluso en las situaciones más dificiles, y a pesar de la obligación progresiva de cumplir los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos los Estados Miembros deberían garantizar de forma efectiva una serie mínima de obligaciones essenciales conforme el Pacto. Esto aseguraría “niveles esenciales mínimos” de protección y la garantía de los derechos fundamentales cono se definen en el ICESCR. El CESCR ha decidido que: corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, Un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no esta cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto[293].

Reitera-se que, efetivamente os direitos pactuados devem ser cumpridos e, os Estados Partes, terão que apontar recursos financeiros, contemplados nos seus orçamentos. O orçamento público revela a disposição em efetivar ou não as premissas basilares do direito social à educação na primeira infância no Brasil, revelando a real intenção de um Estado Democrático de Direito e Social, fundado nos princípios republicano e federativo. Para tanto, Seatzu comenta que embora possa ser tarefa difícil, os Estados

> deben determinar que recursos están “disponibles” y la cantidade “máxima” que un Estado puede destinar a la efectividad de los ESCR (...)“El CESCR ha confirmado encarecidamente la importancia de dirigir áreas de prioridad, con um contenido mínimo esencial, para las personal más vulnerables. El CERCR también ha elaborado indicadores en sus Observaciones Concluyentes, por ejemplo al considerar el porcentaje del presupuesto nacional que se destina a los ESCR y quanto se destina a preparar proyetos de defensa caros y a comprar armamentos caros. Además el CESCR há señalado que los Estados deberían hacer um esfuerzo especial para combalir las maneras de usar incorretamente los fondos y recursos, por ejemplo luchando contra la corrupción , y promoviendo la participación pública y transparência en el proceso de toma de decisiones que puedan limitar formas ocultas de corrupción[294].

Neste norte, pode-se afirmar conceitos objetivos e interessantes no trato da criança e do adolescente, vez que impõe a adoção de medidas especiais de proteção e assistência a crianças, e ainda acrescer que este pacto é recepcionado juridicamente no Brasil como norma jurídica supra legal.

Para fiscalização das medidas de implementação nos Estados Parte o

---

[293] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 611-612.

[294] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 608.

Comitê das Nações Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “considerando que los derechos humanos son obligaciones frente a todos, los Estados deberian cumplir tres niveles de obligaciones: respetar, proteger y cumplir los ESCR. A obrigação de respeitar “implicaria que los Estados no deberían perjudicar de ninguna forma, ni por acción ni por omisión, la efectividad de los ESCR en otros Estados[295]”. A obrigação de proteger revela que os Estados Partes devem adotar as medidas necessárias, inclusive as normativas, para assegurar que seus direitos não sejam descumpridos. A obrigação de cumprir implica em papel ativo dos Estados desenvolvidos para proporcionar assistência específica a Estados menos desenvolvidos. Desta forma, é estabelecida a cooperação internacional.

Ainda, num pensar sobre as medidas de implementação do Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é possível verificar a atuação dos órgãos competentes dos Estados para que facilitem o gozo desses direitos a nível nacional e internacional, atribuindo, ao poder judiciário, tarefa relevante com atuação plena em benefícios dos cidadãos. De outro modo, se tem como fundamental o preceituado no art. 2º.1, já citado, que determina a adoção de medidas legislativas para sua concreção. Ademais, resta reconhecer que as medidas legislativas se constituem em ferramentas essências para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, vez que a norma jurídica oferece a base fundada para defesa e implementação dos direitos afirmados e das liberdades fundamentais. Merece o destaque pois “estas medidas incluyen no solamente aprobación de nueva legislación, también el deber de reformar, enmendar y revocar la legilación deliberadamente contradictoria al ICESCR(pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais)[296]”.

Para o acompanhamento da execução das obrigações decorrentes do Pacto, criou-se o Comitê das Nacões Unidas sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR) em 1985 pelo ECOSOC (Conselho Econômico e Social) o órgão

[295] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 609.
[296] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 613-614.

oficial de supervisão do Pacto, com o poder e dever de supervisionar as funções que o pacto rege. O Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem quatro funções de supervisão previstas no Pacto e no protocolo facultativo de 2008: “la revisión de los informes periódicos de los Estados Partes; la elaboración de Observaciones Generales; supervisionar el mecanismo de queja entre Estados; y supervisar el procedimiento de comunicación individual[297]”. Como visto, o Comitê faz observações gerais que na verdade, não podem ser considerados como trabalhos acadêmicos ou normas jurídicas secundárias. Devem sim, apresentar resultados práticos, sendo afirmações conferidas aos Estados Partes para um entendimento adequado sobre o significado e métodos para aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em caso de descumprimento do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, existe um procedimento de queixas, à disposição dos Estados Partes, bem como mecanismos de queixas individuais para cidadãos que se considerem vítimas de violações de seus direitos fundamentais[298].

Este procedimento de queixas individuais advém do Protocolo de 2008 e propicia papel fundamental na observação da fiel aplicação das obrigações, constantes no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Este procedimento apresenta importante relevo por ser um procedimento de supervisão sobre a atuação do Estado, descobrindo os males causados pelo desrespeito aos direitos humanos na seara internacional. Ainda, concede aos cidadãos ou grupos de cidadãos, vítimas de uma violação dos direitos expostos em tratados de direitos humanos, uma sujeição a sua jurisdição, a oportunidade de apresentar comuncação a um órgão de supervisão “en las que se incluya las alegaciones del incumplimiento de obligaciones por parte de un Estado Parte conforme al tratado [299] .A queixa será examinada pelo órgão de supervisão (denominado de comitê) que examina a queixa fundada em toda comunicação

[297] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 618.
[298] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 621.
[299] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 623-624.

escrita disponível, passando a não admitir a queixa ou a admiti-la passando a fazer observações gerais a serem cumpridas pelos Estados Partes.

Desta forma, denota que o Comitê é fundamental para incremento pleno do Pacto, sugerindo-se ainda que sua interpretação possa ser "una obligación jurídica conforme al derecho internacional como una necesidad para garantizar que los organismos de los tratados tengan una gran influencia y estén a la altura de sus responsabilidades concretas[300]".Outro detalhe importante: o Comitê só atua em casos concretos, não permitindo queixas abstratas, entregando esta possibilidade aos cidadãos ou grupos de cidadãos, restringindo a demandas anônimas e às organizações, empresas, etc. Ainda, merece destaque que toda queixa deve ser apresentada por escrito, mas antes, precisa passar pelas instâncias internas de cada Estado violador de direitos humanos ancorados em tratados, a não ser que o Estado perpetue a demanda com sua omissão, burocracia ou desinteresse em questões de direitos humanos[301].

Por derradeiro, outro ponto fundante diz respeito à cooperação internacional em que se insere a premissa onde os atos de um Estado não devem prejudicar os demais

> considerando que los derechos humanos son obligaciones frente a todos, los Estados deberian cumplir tres niveles de obligaciones: respetar, proteger y cumplir los ESCR. (...) La obligació implicaria que los Estados no deberían perjudicar de ninguna forma, ni por acción ni por omisión, la efectividad de los ESCR en otros Estados. La obligación de proteger implica que los Estados tienen que adoptar todas las medidas pertinentes , incluyendo las legales, para asegurar de que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se infringen por parte privadas sujetas a su control. La obligación de cumplir implicaria un papel activo de los Estados desarrollados para proporcionar asistencia específica a otros Estados menos desarrollados[302].

---

[300] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 630.

[301] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 624.

[302] SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 609.

Nesta ótica, constatou-se a importância do Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que exigem um aporte mínimo de recursos para cumprimento das premissas basilares de bem-estar dos cidadãos, considerando a educação e a primeira infância, elementos chaves para a concretude do pacto, disseminando a crença de que os Estados Partes tem o dever imediato de estarem atentos às situações presentes à questão, tomando medidas práticas para o cumprimento fiel dos direitos econômicos sociais e culturais, dando-se destaque ao direito social à educação na primeira infância, destacando que está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal.

2.2.2.2 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, tendo sua vigência internacional ocorrida em 1976, e 160 Estados Partes[303]. Aprovou-se através do Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e Decreto presidencial nº 592/1992, expedido em 6 de julho de 1992.

Como resultado de determinação política e consenso, o Pacto foi "emanado de la discusión política entre los prevalecientes conceptos occidentales y socialistas de derechos humanos; especialistas han destacado que a pesar del paso del tiempo, el Pacto siempre puede considerarse un documento contemporáneo por la forma inteligente que están redactadas sus clausulas generales y particulares[304]". Ao inserir o aspecto político neste pacto revela-se o compromisso e consenso das discussões que prevaleceram entre ocidentais e socialistas de direitos humanos e que resultam em grande passo no tempo, vez que é considerado contemporâneo pela interessante forma de firmar suas cláusulas e divisões[305].

---

[303] ONU. Departamento de Inormación Publica de Las Naciones Unidas. **La Naciones Unidas Hoy**. Nueva York : Naciones Unidas, 2009, p. 282.

[304] SALVIOLI, Fabian in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Los derechos humanos civiles y políticos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 547.

[305] SALVIOLI, Fabian in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Los derechos humanos civiles y políticos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 547.

Ponto relevante do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 se vincula ao fato de que os direitos ali estabelecidos pertencem a categoria *jus cogens*, devendo-lhes ser aplicadas as obrigações *erga omnes* que são normas imperativas do direito para todos os Estados e demais sujeitos da Comunidade Internacional, apresentando-se como respeitável contribuição ao desenvolvimento do direito internacional[306].

Entre as obrigações do Pacto está o seu cumprimento pelos Estados Partes e adaptação das normas estatais às condições estabelecidas, elaborando, promulgando e exigindo executoriadade aos compromissos firmados. O Pacto não contém nenhuma disposição que autoriza limitação aos direitos elencados, e, "sin embargo, vários artículos del Pacto establecen que los derechos a los que se refiere no estarán sometidos a restricciones, salvo las previstas por la ley y las que sean necesarias para proteger la seguridad nacional[307]". Entre as limitações se vinculam em relação a discriminações por motivo de raça, sexo, cor, idioma, religião ou origem social, nem mesmo suspender os direitos à vida, a proteção contra a tortura, escravidão, prisão por dívidas, irretroatividade da lei penal, personalidade jurídica ou liberdade de pensamento, crença ou religião. Porém, se ocorre alguma restrição, deve ser comunicada à Organização das Nações Unidas. Denota-se que as obrigações contraídas pelos Estados sejam cumpridas a partir do momento de sua ratificação, devendo estes criar e promulgar normas jurídicas nacionais para atender com plenitude as manifestações normativas, estabelecidas no pacto, em caso de alguma omissão ou impossibilidade de Efetividade plena[308].

Também a criança é tratada no Pacto, quando reconhece que todo "niño tiene derecho a obtener de su familia, de la sociedad y del Estado, las medidas de protección requeridas según su situación particular, sin que pueda ser afectado por discriminación alguna fundada en motivos de nacimiento, raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, condición social o situación econômica[309]". Mais um fator

[306] SALVIOLI, Fabian in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Los derechos humanos civiles y políticos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 546

[307] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 45.

[308] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 40

[309] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La

que determina o Estado como responsável pela Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Por sua vez, este pacto atesta em seu art. 23 e 24, a imposição para que os Estados Partes normatizem disposições que assegurem proteção necessária aos filhos, quando dissolvido o casamento, e que toda criança terá direito ao registro de nascimento, nome, nacionalidade e será tratada sem discriminação e respeitada sua condição de menor por parte da família, da sociedade e do Estado[310].

Importante ainda revelar que este pacto teve dois protocolos facultativos. O primeiro de 1966 trata do procedimento de outorga do direito de petição aos particulares que cumpram os critérios de admissibilidade, tendo 109 Estados partes. Já o segundo protocolo facultativo de 1989 estabelece obrigações substantivas para a abolição da pena de morte que conta com 61 Estados partes[311]. Angel Sanchez de La Torre[312] ratifica a relevância do protocolo ao dizer que "establece uma nueva atribución del Comité de Derechos Humanos (civiles y políticos) para recibir y considerar comunicaciones de indivíduos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos anunciados en el Pacto". É dever lembrar que o comitê examinará a comunicação de um particular depois de esgotados os recursos internos disponíveis, ou seja, depois que o caso seja entregue às autoridades administrativas e tribunais nacionais[313].

Ponto relevante a ser retomado, está no fato de que o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 se vincula aos direitos ali estabelecidos e

---

incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 117.

[310] ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Artigo 23. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos. Artigo 24.1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

[311] ONU. Departamento de Información Publica de Las Naciones Unidas. **La Naciones Unidas Hoy**. Nueva York : Naciones Unidas, 2009, p. 282.

[312] TORRE, Angel Sanchez de La. **Sociologia de los Derechos Humanos**. 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 41.

[313] Gonzáles, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 45.

pertencem a categoria *jus cogens*, devendo-lhes ser aplicadas as obrigações *erga omnes* que são normas imperativas do direito para todos os Estados e demais sujeitos da Comunidade Internacional. No seu teor destaca-se a criança, quando reconhece o direito de obter de sua familia, da Sociedade e do Estado as medidas de proteção nos termos de sua individualidade, traduzindo-se em fator que determina o Estado como responsável pela Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Como se viu, os direitos humanos aqui tratados foram abordados em dois pactos distintos. Para explicar esta situação deve-se reafirmar que a heterogeneidade jurídica que diferencia as liberdades clássicas dos direitos de crédito, explica porque, tecnicamente, no plano internacional, foram elaborados dois pactos distintos no sistema de tutela dos direitos humanos na ONU: um para os direitos civis e políticos e outro para os direitos econômicos e sociais e culturais. Convém ressaltar que estes pactos são recepcionados juridicamente no Brasil como norma supra legal.

2.2.3 Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969

Com o avançar do tempo, se faz relevante adentrar no campo normativo de vinculação das normas internacionais pelos processos de ratificações dos Estados, e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. É o retrato de uma tomada de posição dos Estados na defesa dos direitos humanos, e especialmente no que concerne à criança, buscando ainda sua inspiração na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. O destaque maior desta convenção é que mesmo tendo sido afirmada em 1969, foi recepcionada pelo Estado brasileiro somente no ano de 1992, com a expedição do Decreto presidencial nº 678/1992, embora a vigência internacional da convenção tenha ocorrido em 26 de julho de 1978. Evidencia-se assim que os reflexos da ditadura brasileira demonstram a demora na recepção de normas sobre direitos humanos, fazendo com que o Pacto de São José da Costa Rica levasse mais de 22 anos para ser ratificado pelo Brasil, tendo hoje status de norma supra legal.

Importante destacar esta Convenção pois reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes no Pacto Internacional de Direitos Civis e

Políticos de 1966. E para Osuna “lo expresado en lo marco de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos es reproducible en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Primer Protocolo Facultativo (Protocolo de San Salvador)[314]”.

Quanto aos órgãos competentes para supervisionar o cumprimento de suas disposições e julgar os litígios referentes aos direitos humanos nela declarados, a Convenção aproxima-se mais do modelo da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. As disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, representam uma novidade em relação aos Pactos internacionais de 1966. Aplica-se, a essas disposições novas, o principio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana; ou seja, na vigência simultânea de vários sistemas normativos, nacional e o internacional, ou na de vários tratados internacionais. Em matéria de direitos humanos, deve ser aplicado aquele que melhor protege o ser humano[315].

Outro ponto relevante da Convenção Americana de Direitos Humanos está em seu artigo 1.1[316] quando diz ser fundamental para a determinação da violação do rol de direitos humanos protegidos, podendo gerar responsabilidade internacional ao Estado. O artigo estabelece ainda que o Estado membro fica encarregado de zelar pelo respeito dos direitos humanos reconhecidos e de garantir a execução dos mesmos por parte de toda pessoa sujeita à sua jurisdição. A obrigação de garantia concretiza uma obrigação de fazer, que consiste na organização, pelo Estado, de estruturas capazes de prevenir, investigar e mesmo punir toda violação pública ou privada, dos direitos fundamentais da pessoa humana. Toda vez que o Estado falha com este comando, surge responsabilidade internacional, que é aferida no sistema de Contravenção Americana de Direitos

---

[314] OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha Gonzáles (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in **La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales,** Madrid : Marcial Pons, 2010, p.77-78.

[315] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007. p. 368.

[316] BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Artigo 1.1 – Obrigação de Respeitar os Direitos. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 25 de maio de 2015.

Humanos perante dois órgãos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos[317]. Daí depreende-se a necessidade e o dever de proteção dos Estados aos direitos ali elencados, sob pena de responsabilização por seu descumprimento.

No que concerne aos direitos da criança é necessário lembrar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, estabelece que todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a sua condição de menor exige, por parte da família, da sociedade e do Estado (art. 19[318]). Essa afirmação é fundamental porque categoricamente a regra internacional coloca a criança como merecedora de atenção tríplice, inserindo família, sociedade e Estado como elementos estruturantes para solidificação da formação deste sujeito de direitos chamado criança[319]. Não se pode esquecer que a Convenção Americana de Direitos Humanos já manifesta claramente também a condição singular da criança que merece proteção especial por parte da família, da Sociedade e do Estado.

Antes de adentrar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, faz-se imprescindível assinar ainda que no ano de 1979 foram criados os contornos necessários para a preparação de uma norma jurídica da magnitude necessária à defesa dos direitos da criança, sendo declarado como o Ano Internacional da Criança, que tratou por certo, de conferir força vinculante aos direitos da criança, passando a merecer norma específica de caráter cogente[320]. Ainda, no dia 22 de outubro de 1983, para a defesa dos direitos da criança e do adolescente é exarada a Carta de Los Derechos de La Familia da Santa Sede que

---

[317] RAMOS, André Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002. p. 224.

[318] BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Artigo 19. Direitos da Criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por partte da sua família, sociedade e do Estado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 25 de maio de 2015.

[319] VERONESE, Joseane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis : OAB/SC Editora, 2006, p.9.

[320] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Moner, Jordi Cots i. El Defensor de los derechos de la infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 451.

revela que crianças e adolescentes tem direito a uma especial proteção e assistência[321].

Ao encerrar este tópico e, no que concerne aos direitos da criança é necessário lembrar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, estabelece que todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a sua condição de menor exige, por parte da família, da sociedade e do Estado. Essa afirmação é fundamental porque categoricamente a regra internacional coloca a criança como merecedora de atenção tríplice, inserindo família, Sociedade e Estado como elementos estruturantes para solidificação da formação deste sujeito de direitos chamado criança. Não se pode esquecer que a Convenção Americana de Direitos Humanos já manifesta claramente também a condição singular da criança que merece proteção especial por parte da família, da Sociedade e do Estado.

O destaque maior desta convenção é que mesmo tendo sido afirmada em 1969, foi recepcionada pelo Estado brasileiro somente no ano de 1992, com a expedição do Decreto presidencial nº 678/1992, embora a vigência internacional da convenção tenha ocorrido em 26 de julho de 1978. Evidencia-se assim que os reflexos da ditadura brasileira demonstram a demora na recepção de normas sobre direitos humanos, fazendo com que o Pacto de São José da Costa Rica levasse mais de 22 anos para ser ratificado pelo Brasil, tendo hoje status de norma supra legal.

2.2.4 A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989

Seguindo no delinear de construção e reconhecimento da criança como sujeito de direitos, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 enraízada em dez anos de exaustivas deliberações de governos, agências das Nações Unidas e dezenas de organizações não governamentais, consegue colher seus frutos com o estabelecimento de normas universais de defesa da infância contra o abandono, exploração e maus tratos, e o Direito à Educação, entre outros[322].

---

[321] MAGDALENA, Enrique Miret. **El Niño Antes que Los Padres. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 20. “La carta citada sobre los Derechos de la Familia aclara, com toda razón, que los niños tienen derecho a una especial protección y asistencia”.

[322] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho**

A ideia de adotar a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 originou-se em dois pilares básicos. O primeiro, revelado pela dita iniciativa polaca de 1978 e, o segundo, em razão do ano internacional da criança, comemorado em 1979. Assim,

> en 17 de enero de 1978 el representante permanente de Polonia ante la Organización de las Naciones Unidas dirigió una carta al director de la División de derechos humanos de la Oficina de Ginebra proponiendo que la cuestión de una Convención sobre los Derechos del Niño fuera incluida en la agenda de la 34ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos, La delegación polaca presentó en la citada sesión un proyeto de resolución que incluía un proyeto de Convención basado en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959(…).Con algunos cambios a resolución nº 20 de 8 de marzo de 1978 fue aprobada e encaminada a Comissión de Derechos Humanos creado por un grupo de trabajo informal abierto en 1979 para que se "reuniera una semana durante la sesión de la Comissión con el fin de considerar el proyeto de Convención sobre los Derechos del Niño(…). Finalmente, el texto de la Convención fue adoptado por la Comissión de Derechos Humanos, en su resolución 1989/57 de 8 de marzo de 1989; por lo Consejo Económico y Social, en su resolución 1989/79 de 24 de mayo de 1989, y por consenso de la Asamblea General, durante su 44º período de sesiones, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989[323].

Desta forma, em 20 de novembro de 1989 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, que teve sua vigência internacional em 2 de setembro de 1990, e foi chamada de carta magna para as crianças de todo o mundo, sendo ainda o instrumento de direitos humanos mais aceito da história universal, com a ratificação de 193 países. A aprovação do texto pela ONU em 1989 foi um acontecimento histórico, sendo o primeiro texto coerente, frente a dispersa legislação sobre a infância até então.

Observa-se então que a Convenção sobre o Direito da Criança de 1989 apresenta algumas relativas inovações importantes no trato da questão infanto-juvenil, sendo: a) uso e tráfico de drogas (artigo 33[324]); b) exploração sexual(artigo 34[325]); c) detenções e traslados de ílicitos (artigo 11[326]); d) de acesso a criança a

---

Internacional. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 51.

[323] LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p.51.

[324] BRASIL.**Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 33. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[325] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 34 Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e

informações adequadas (artigo 17[327]; e) da adoção internacional de crianças (artigo 21[328]); f) da situação de crianças refugiadas e de sua evolução periódica de internação (artigo 25[329]); g) do nível de vida (artigo 27[330]); h) dos objetivos da

multilateral que sejam necessárias para impedir: a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal; b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[326] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 11. 1. Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país.2. Para tanto, aos Estados Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais ou a adesão a acordos já existentes. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[327] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 17. Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes: a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o espírito do artigo 29; b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças; d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena; e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[328] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 21. Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que:a) a adoção da criança seja autorizada apenas pelas autoridades competentes, as quais determinarão, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário; b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem; c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção; d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem; e) quando necessário, promover os objetivos do presente artigo mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, e envidarão esforços, nesse contexto, com vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[329] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 25. Os Estados Partes reconhecem o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[330] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 27.1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social. 2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. 3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e

educação(artigo 29[331]); i) da situação da criança em conflitos armados (artigo 38[332]); e j) da administração da justiça especializada para crianças[333].

Os principais aspectos da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 abordam o interesse superior da criança e seu desenvolvimento integral, a luta contra a discriminação ou exclusão, a importância da família e sua relatividade, a participação social da criança e a importância dos meios de comunicação no intuito de promover a discussão e o debate sobre sua implementação. Para que estes conteúdos tenham sim Efetividade são necessárias condições estabelecidas, como: vontade político-administrativa, investimentos econômicos previstos nas normas orçamentárias, políticas integrais e culturais.

---

outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. 4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados Partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[331] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 29.1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente. 2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[332] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 38.1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades. 3. Os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas. Caso recrutem pessoas que tenham completado quinze anos mas que tenham menos de dezoito anos, deverão procurar dar prioridade aos de mais idade. 4. Em conformidade com suas obrigações de acordo com o direito humanitário internacional para proteção da população civil durante os conflitos armados, os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias a fim de assegurar a proteção e o cuidado das crianças afetadas por um conflito armado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[333] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 52.

No que se refere às condições econômicas, espera-se que ocorra um "cambio sustantivo de los modelos econômicos, que garanticen una redistribuición equitativa de los recursos en la sociedad y teniendo como prioridad a la niñez y la adolescencia. Ellos supone la reducción drástica de la pobreza, promoción del empleo y la mejora de los ingresos de las familias[334]".

E com referência às condições políticas, espera-se que ocorra um "fortalecimiento de una Democracia, que garantice el repeto de los derechos humanos con equidad, justicia, y participación para la niñez y la sociedad[335].

E em relação às condições culturais, importa "rescatar y fortalecer una cultura ética y de valores en nuestra sociedad en onde el repeto a la persona, la solidariedad, la honradez, la honestidad, la cooperación, sean los fundamentos de Gobierno, de convivencia humana, como mejor escuela formativa en la construcción de la ciudadanía de nuestros niños, niñas y adolescentes[336]".

No que se refere às condições político-administrativas se faz imprescindível a "existencia de políticas de descentralización administrativa y presupuestaria articuladas en un Sistema Nacional de Desarrollo da Niñez, para promover el compromiso de los actores locales y de los propios niños y niñas, como condición para avanzar em el cumplimiento de los planes y metas de acción para la niñez[337].

Ponto referencial da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 está assentado no compromisso dos chefes de Estado que se comprometeram a destinar os meios econômicos para o bem-estar da infância dando prioridade a sua vida e

---

[334] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 309.

[335] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 309.

[336] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 310.

[337] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 310.

desenvolvimento pleno. Para tanto, verificou-se que a aprovação do texto na ONU foi um acontecimento histórico, vez que se tratava do primeiro texto coerente, frente às dispersas normatizações sobre a infância. Durante a Cúpula Mundial da Infância, celebrada em Nova York em 29 e 30 de setembro de 1990, 72 chefes de Estado e de Governo ratificaram este compromisso em benefício da criança[338].

Notadamente, quando um Estado se obriga pela Convenção dos Direitos da Criança de 1989, fica evidente seu compromisso de redobrar esforços para a construção de condições de vida, fundadas em uma nova visão social da criança e do adolescente, permeada pela participação e responsabilidade dos setores sociais, políticos e culturais do País. Diante do exposto, se verifica que o Estado ratificante da Convenção dos Direitos da Criança de 1989, exara real compromisso de governo, estabelecendo elos sociais que vise formar novos tecidos em que a Democracia seja plena e a equidade alijada de toda exclusão social[339].

A Convenção estabelece normas que reconhecem o descaso e abuso enfrentado pelas crianças. Reconhece portanto, uma vulnerabilidade especial, e planeja de forma interdependente os direitos civis, econômicos, sociais e culturais como grande avanço democrático em favor da criança[340].Traz novos precedentes, fundados em conceitos holísticos, reconhecendo que a criança deve estar adequadamente nutrida (direito cultural) e protegida em situações especiais como a detenção arbitrária (direito civil) ou explorado para o trabalho (direitos socioeconômicos)[341]. Os direitos que constam na Convenção são “aquellos que, al ser orientados hacia la formación de los niños y adolescentes, en atención a la evolución de su capacidad intelectual, conducen hacia su preparación progresiva a los fines de que puedan arribar a la vida adulta como ciudadanos útiles a la sociedad[342]. E suas normas são aplicadas a todas “las personas menores de

---

[338] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 41.

[339] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 303.

[340] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 52.

[341] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 52.

[342] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los**

dieciocho años, salvo en los casos en que acceda antes a la mayoría de edad según la legislación nacional. Los derechos consagrados por la Convención son aplicados por igual a todos los niños, sin distinción[343]".

No que se refere à direção de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, verifica-se que as normas são aplicáveis a todas pessoas menores de 18 anos, com exceções estabelecidas nas normas nacionais que possibilitam uma emancipação prévia. O que se deve ter em mente é que os direitos valorados e consagrados na Convenção devem ser aplicados e consagrados por igual a toda criança, sem qualquer distinção[344].

No visualizar da Convenção, três pontos se apresentam como fundantes da mesma: a)direito à vida ou sobrevivência; b)direito ao desenvolvimento e, c)direito a proteção. Nessas vertentes, a sobrevivência é caracterizada inicialmente com o direito inerente à vida, sendo que os Estados devem garantir ao máximo possível a sobrevivência e desenvolvimento da criança, em que se reconhece o acesso aos serviços de atenção à saúde (como imunizações e terapias de reabilitação oral), nível de vida adequado (com acesso a alimentos, água potável e residência), assim como o direito a um nome ou nacionalidade. O desenvolvimento aparece como novidade na Convenção, ao oportunizar cada criança no desenvolvimento de seu potencial, dispondo sobre os direitos da criança à educação, ao descanso e ócio; a liberdade de expressão e informação, liberdade de pensamento, consciência e religião. Embora estes direitos façam parte de todos os seres humanos, eles passam de forma explicita e específica às crianças. Com isto, aparecem como verdadeira novidade, já que a criança não teria estes direitos, que estavam reservados a seus pais ou tutores legais que os representavam diante da norma, e decidiam sua forma de educação, formação, sem ter em conta sua opinião, ou liberdade de expressar-se. Quanto à proteção muitas disposições protegem a infância em situações específicas, pois algumas referem-se a crianças com deficiências, outras a crianças refugiadas, órfãs ou abandonadas por seu pais, se ocupando ainda "de la explotación econômica, sexual y bajo otras formas y exige la

---

Derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 118.

[343] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 54.

[344] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 54.

dopción de medidas adecuadas para proteger a la infancia del consumo y venta de drogas". Sob o mesmo aporte teórico, Alcaide salienta que ao examinar a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, três são os componentes vitais: a) sobrevivência que compreende o direito à vida e necessidades básicas como nutrição, serviços de saúde e saneamento; b) desenvolvimento: em que se estabeleçam os direitos necessários para garantir e possibilitar que as crianças e adolescentes alcancem o grau máximo de desenvolvimento, com o Direito à Educação, acesso à informação e liberdade de pensamento, consciência ou religião, e, c) proteção: em que estão incluídos os direitos que exigem uma infância protegida contra qualquer forma de abuso, incluindo aí, as crianças deficientes, envolvidas em conflitos armados, em situação de risco ou desamparadas, migrantes e vitimas de exploração no trabalho ou sexual, etc[345].

Ao analisar o texto da Convenção, o preâmbulo[346] faz as justificativas

[345] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Fierro, Sara Oviedo. Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 379.

[346] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Preâmbulo. Os Estados Partes da presente Convenção, Considerando que, de acordo com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, a liberdade, a justiça e a paz no mundo se fundamentam no reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana; Tendo em conta que os povos das Nações Unidas reafirmaram na carta sua fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor da pessoa humana e que decidiram promover o progresso social e a elevação do nível de vida com mais liberdade; Reconhecendo que as Nações Unidas proclamaram e acordaram na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos que toda pessoa possui todos os direitos e liberdades neles enunciados, sem distinção de qualquer natureza, seja de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição; ecordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais; Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade; Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Cartas das Nações Unidas, especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade; Tendo em conta que a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial foi enunciada na Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1959, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (em particular nos Artigos 23 e 24), no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (em particular no Artigo 10) e nos estatutos e instrumentos pertinentes das Agências Especializadas e das organizações internacionais que se interessam pelo bem-estar da criança; Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento"; Lembrado o estabelecido na Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Relativos à Proteção e ao Bem-Estar das Crianças, especialmente com Referência à Adoção e à

para criação desta norma de direito internacional. No que se refere aos direitos infanto-juvenis está afirmado entre outras situações, que: a) deve ser recordada a Declaração de Direitos Humanos de 1948, em que as Nações Unidas proclamaram ter a criança direito, cuidados e assistência especiais; b) que a família constitui grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para crescimento e bem-estar de seus membros, e em particular das crianças; c) considera que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e ser educada com os ideais proclamados na carta das Nações Unidas; d) que há necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial; e) nos termos da Declaração da Criança, à criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes, quanto após o nascimento, e, f) reconhece que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial. Diante das assertivas dispostas fica evidencia-se a necessidade de legislações que contemplem e atendam o interesse da criança, fazendo destaque a forma não maturada do ser que merece reconhecimento como verdadeiro sujeito de direitos.

Na parte dispositiva, apresenta 54 artigos, divididos em 3 partes, com os direitos explicitados, o compromisso de publicidade do texto e do Comitê para os Direitos da Crianças e as formas de atuação e adesão a convenção.

No artigo 1[347] apresenta-se como criança todo ser humano que tenha idade inferior a 18 anos, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável a criança, a maioridade seja alcançada antes. No seu teor acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-o como verdadeiro sujeito de

---

Colocação em Lares de Adoção, nos Planos Nacional e Internacional; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Pequim); e a Declaração sobre a Proteção da Mulher e da Criança em Situações de Emergência ou de Conflito Armado; Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial; Tomando em devida conta a importância das tradições e dos valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança; Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento; Acordam o seguinte(...)http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[347]BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 1. 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. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

direito, exigindo, portanto, proteção integral e prioridade absoluta[348].

O artigo 2[349] revela ao Estado sua obrigação de respeito à convenção e segurança na aplicação dos direitos a toda criança, sem qualquer distinção.

No artigo 3[350] resguarda o interesse maior da criança em todas as ações levadas a efeito pelas instituições públicas ou não. Assim, o interesse superior da criança passa a ser "criterio básico para juzgar todas la decisiones que afecten a la salud, bienestar y dignidad de la infancia[351]".

O artigo 4 [352] alerta a obrigações dos Estados de praticar todas as medidas administrativas, legislativas ou outras, com vistas ao implemento dos direitos da Convenção. Cita ainda os direitos econômicos, sociais e culturais que obrigam Estados Partes a utilizarem ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, com a cooperação internacional.

---

[348] PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 270.

[349] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 2.1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[350] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 3 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[351] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 54.

[352] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 4. Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

Os artigos 5 a 9[353] disciplinam as questões referentes à responsabilidade dos pais, família e comunidade, direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento, registro civil, nacionalidade e de permanecer com seus pais. Destaca-se os artigos 10 a 17[354], em que os artigos 10 e 11 abordam a questão da circulação da criança

[353] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 5. Os Estados Partes respeitarão as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores ou de outras pessoas legalmente responsáveis, de proporcionar à criança instrução e orientação adequadas e acordes com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos reconhecidos na presente convenção. Artigo 6.1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança. Artigo 7.1. A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.2. Os Estados Partes zelarão pela aplicação desses direitos de acordo com sua legislação nacional e com as obrigações que tenham assumido em virtude dos instrumentos internacionais pertinentes, sobretudo se, de outro modo, a criança se tornaria apátrida. Artigo 8;1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas.2. Quando uma criança se vir privada ilegalmente de algum ou de todos os elementos que configuram sua identidade, os Estados Partes deverão prestar assistência e proteção adequadas com vistas a restabelecer rapidamente sua identidade. Artigo 9.1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. 2. Caso seja adotado qualquer procedimento em conformidade com o estipulado no parágrafo 1 do presente artigo, todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões. 3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança. 4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, conseqüências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[354] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 10. 1. De acordo com a obrigação dos Estados Partes estipulada no parágrafo 1 do Artigo 9, toda solicitação apresentada por uma criança, ou por seus pais, para ingressar ou sair de um Estado Parte com vistas à reunião da família, deverá ser atendida pelos Estados Partes de forma positiva, humanitária e rápida. Os Estados Partes assegurarão, ainda, que a apresentação de tal solicitação não acarretará conseqüências adversas para os solicitantes ou para seus familiares. 2. A criança cujos pais residam em Estados diferentes terá o direito de manter, periodicamente, relações pessoais e contato direto com ambos, exceto em circunstâncias especiais. Para tanto, e de acordo com a obrigação assumida pelos Estados Partes em virtude do parágrafo 2 do Artigo 9, os Estados Partes respeitarão o direito da criança e de seus pais de sair de qualquer país, inclusive do próprio, e de ingressar no seu próprio país. O direito de sair de qualquer país estará sujeito, apenas, às restrições determinadas pela lei que sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades de outras pessoas e que estejam acordes com os demais direitos reconhecidos pela presente convenção. Artigo 11.1. Os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país. 2. Para tanto, aos Estados Partes promoverão a conclusão de acordos bilaterais ou multilaterais

por países, evitando transferências ilegais, enquanto que os artigos 12 a 17 expressam os direitos de liberdade de expressão, opinião, pensamento, consciência, crença e liberdade de reunião e associação, impossibilidade de interferências em sua vida particular, tendo também direito ao acesso a informação.

O artigo 18[355] da Convenção se faz importante para esta tese, vez que

---

ou a adesão a acordos já existentes. Artigo 12.1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Artigo 13.1. A criança terá direito à liberdade de expressão. Esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo, independentemente de fronteiras, de forma oral, escrita ou impressa, por meio das artes ou por qualquer outro meio escolhido pela criança. 2. O exercício de tal direito poderá estar sujeito a determinadas restrições, que serão unicamente as previstas pela lei e consideradas necessárias: a) para o respeito dos direitos ou da reputação dos demais, ou b) para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde e a moral públicas. Artigo 14.1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença. 2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade. 3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais. Artigo 15.1 Os Estados Partes reconhecem os direitos da criança à liberdade de associação e à liberdade de realizar reuniões pacíficas.2. Não serão impostas restrições ao exercício desses direitos, a não ser as estabelecidas em conformidade com a lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou pública, da ordem pública, da proteção à saúde e à moral públicas ou da proteção aos direitos e liberdades dos demais. Artigo 16.1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados. Artigo 17. Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação e zelarão para que a criança tenha acesso a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes: a) incentivarão os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o espírito do artigo 29; b) promoverão a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações e desses materiais procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais; c) incentivarão a produção e difusão de livros para crianças; d) incentivarão os meios de comunicação no sentido de, particularmente, considerar as necessidades lingüísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou que seja indígena; e) promoverão a elaboração de diretrizes apropriadas a fim de proteger a criança contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[355] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 18.1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e

apresenta a responsabilidade comum dos pais com a Educação de seus filhos. Porém, destaca que o Estado tem que entregar a criança a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância em razão de atividade laboral de seus pais. Ainda, a lembrança que trata-se de norma com status de supralegalidade impondo as normas infraconstitucionais a tarefa de incrementar as políticas públicas para o pleno atendimento desta demanda, que se dá, entre outros mecanismos, pela previsão de recursos orçamentários no plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e Lei Orçamentária anual na esfera municipal, como será visto no capítulo 3.

Parte, se agora para os artigo 19 a 27[356], sendo que nos artigos 19 e 22

---

serviços para o cuidado das crianças. 3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[356] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. 2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária. Artigo 20.1. As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado. 2. Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças. 3. Esses cuidados poderiam incluir, a colocação em lares de adoção, a kafalah do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e lingüística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação. Artigo 21. Os Estados Partes que reconhecem ou permitem o sistema de adoção atentarão para o fato de que a consideração primordial seja o interesse maior da criança. Dessa forma, atentarão para que: a) a adoção da criança seja autorizada apenas pelas autoridades competentes, as quais determinarão, consoante as leis e os procedimentos cabíveis e com base em todas as informações pertinentes e fidedignas, que a adoção é admissível em vista da situação jurídica da criança com relação a seus pais, parentes e representantes legais e que, caso solicitado, as pessoas interessadas tenham dado, com conhecimento de causa, seu consentimento à adoção, com base no assessoramento que possa ser necessário; b) a adoção efetuada em outro país possa ser considerada como outro meio de cuidar da criança, no caso em que a mesma não possa ser colocada em um lar de adoção ou entregue a uma família adotiva ou não logre atendimento adequado em seu país de origem; c) a criança adotada em outro país goze de salvaguardas e normas equivalentes às existentes em seu país de origem com relação à adoção; d) todas as medidas apropriadas sejam adotadas, a fim de garantir que, em caso de adoção em outro país, a colocação não permita benefícios financeiros indevidos aos que dela participarem; e) quando necessário, promover os objetivos do presente artigo mediante ajustes ou acordos bilaterais ou multilaterais, e envidarão esforços, nesse contexto, com vistas a assegurar que a colocação da criança em outro país seja levada a cabo por intermédio das autoridades ou organismos competentes. Artigo 22. 1. Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo

com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte. 2. Para tanto, os Estados Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente convenção. Artigo 23. 1. Os Estados Partes reconhecem que a criança portadora de deficiências físicas ou mentais deverá desfrutar de uma vida plena e decente em condições que garantam sua dignidade, favoreçam sua autonomia e facilitem sua participação ativa na comunidade. 2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados. 3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual. 4. Os Estados Partes promoverão, com espírito de cooperação internacional, um intercâmbio adequado de informações nos campos da assistência médica preventiva e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, inclusive a divulgação de informações a respeito dos métodos de reabilitação e dos serviços de ensino e formação profissional, bem como o acesso a essa informação, a fim de que os Estados Partes possam aprimorar sua capacidade e seus conhecimentos e ampliar sua experiência nesses campos. Nesse sentido, serão levadas especialmente em conta as necessidades dos países em desenvolvimento. Artigo 24. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde. Os Estados Partes envidarão esforços no sentido de assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. 2. Os Estados Partes garantirão a plena aplicação desse direito e, em especial, adotarão as medidas apropriadas com vistas a: a) reduzir a mortalidade infantil; b) assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, dando ênfase aos cuidados básicos de saúde; c) combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante, inter alia, a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável, tendo em vista os perigos e riscos da poluição ambiental; d) assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal; e) assegurar que todos os setores da sociedade, e em especial os pais e as crianças, conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, e tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos; f) desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar. 3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudicais à saúde da criança. 4. Os Estados Partes se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional com vistas a lograr, progressivamente, a plena efetivação do direito reconhecido no presente artigo. Nesse sentido, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento. Artigo 25. Os Estados Partes reconhecem o direito de uma criança que tenha sido internada em um estabelecimento pelas autoridades competentes para fins de atendimento, proteção ou tratamento de saúde física ou mental a um exame periódico de avaliação do tratamento ao qual está sendo submetida e de todos os demais aspectos relativos à sua internação. Artigo 26. 1. Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional. 2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração

abordam-se questões de proteção à criança contra todas as formas de violência, a proteção do Estado quando privadas de seu meio familiar, adoção e refugiadas. Quando visualizados os artigos 23 e 27 têm as premissas decorrentes do direito à saúde, internação hospitalar, da proteção especial às deficientes, da previdência social e de um nível de vida adequado a seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social.

Entre os artigos 28 a 31[357] tem-se o direito a Educação e ao lazer,

---

os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome. Artigo 27.1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social. 2. Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de propiciar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. 3. Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. 4. Os Estados Partes tomarão todas as medidas adequadas para assegurar o pagamento da pensão alimentícia por parte dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis pela criança, quer residam no Estado Parte quer no exterior. Nesse sentido, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a criança, os Estados Partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[357] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 28.1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção. 3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento. Artigo 29.1. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo o seu potencial; b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas; c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente. 2. Nada do disposto no presente artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões

exigindo o ensino obrigatório como gratuito, o ensino secundário acessível a todos, impondo medidas a serem incrementadas para sua universalidade e gratuidade, procurando fazer com que toda criança desenvolva sua personalidade, aptidões e capacidade mental e física com todo o seu potencial, respeitando ainda cultura, religião e idioma às crianças advindas de minorias ou indígenas.

Os artigos 32 a 36[358] afirmam as medidas de proteção que o Estado deve fazer em relação à criança, destacando a exploração econômica, trabalho perigoso ou que cause dano à saúde, bem como a proteção contra o uso de drogas ilícitas, exploração, abuso sexual, sequestro, venda ou tráfico de crianças para qualquer fim, e qualquer forma de exploração que seja prejudicial a qualquer aspecto de seu bem-estar.

Nos artigos 37 e 40[359] verifica-se a obrigação do Estado em zelar para

---

mínimos estabelecidos pelo Estado. Artigo 30. Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma. Artigo 31. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança ao descanso e ao lazer, ao divertimento e às atividades recreativas próprias da idade, bem como à livre participação na vida cultural e artística. 2. Os Estados Partes respeitarão e promoverão o direito da criança de participar plenamente da vida cultural e artística e encorajarão a criação de oportunidades adequadas, em condições de igualdade, para que participem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[358] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 32.1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. 2. Os Estados Partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes, deverão, em particular: a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos; b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego; c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo. Artigo 33. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas, inclusive medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais, para proteger a criança contra o uso ilícito de drogas e substâncias psicotrópicas descritas nos tratados internacionais pertinentes e para impedir que crianças sejam utilizadas na produção e no tráfico ilícito dessas substâncias. Artigo 34. Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal; b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos. Artigo 35. Os Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o seqüestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[359] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 37. Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem

possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade; b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado; c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais; d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação. Artigo 38.1. Os Estados Partes se comprometem a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que digam respeito às crianças. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades. 3. Os Estados Partes abster-se-ão de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas. Caso recrutem pessoas que tenham completado quinze anos mas que tenham menos de dezoito anos, deverão procurar dar prioridade aos de mais idade. 4. Em conformidade com suas obrigações de acordo com o direito humanitário internacional para proteção da população civil durante os conflitos armados, os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias a fim de assegurar a proteção e o cuidado das crianças afetadas por um conflito armado. Artigo 39. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para estimular a recuperação física e psicológica e a reintegração social de toda criança vítima de qualquer forma de abandono, exploração ou abuso; tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes; ou conflitos armados. Essa recuperação e reintegração serão efetuadas em ambiente que estimule a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança. Artigo 40. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade. 2. Nesse sentido, e de acordo com as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais, os Estados Partes assegurarão, em particular: a) que não se alegue que nenhuma criança tenha infringido as leis penais, nem se acuse ou declare culpada nenhuma criança de ter infringido essas leis, por atos ou omissões que não eram proibidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional no momento em que foram cometidos; b) que toda criança de quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse de ter infringido essas leis goze, pelo menos, das seguintes garantias: I) ser considerada inocente enquanto não for comprovada sua culpabilidade conforme a lei; II) ser informada sem demora e diretamente ou, quando for o caso, por intermédio de seus pais ou de seus representantes legais, das acusações que pesam contra ela, e dispor de assistência jurídica ou outro tipo de assistência apropriada para a preparação e apresentação de sua defesa; III) ter a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação e a de seus pais ou representantes legais; IV) não ser obrigada a testemunhar ou a se declarar culpada, e poder interrogar ou fazer com que sejam interrogadas as testemunhas de acusação bem como poder obter a participação e o interrogatório de testemunhas em sua defesa, em igualdade de condições; V) se for decidido que infringiu as leis penais, ter essa decisão e qualquer medida imposta em decorrência da mesma submetidas a revisão por autoridade ou órgão judicial superior competente, independente e imparcial, de acordo com a lei; VI) contar com a assistência gratuita de um intérprete caso a criança não compreenda ou fale o idioma utilizado; VII) ter plenamente respeitada sua vida privada durante todas as fases do processo. 3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular: a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais; b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos

que nenhuma criança seja submetida à tortura, tratamento desumano, cruel ou degradante, pena de morte ou prisão perpétua, e, respeitada sempre em sua dignidade, com direito a rápido acesso a assistência jurídica ou outra adequada, respeitando sempre as normas de direito humanitário internacional. Também o dever de adotar medidas apropriadas para recuperação física e psicológica e a reintegração social das crianças vítimas de qualquer forma de abandono, exploração, abuso, tratamento cruel, desumano ou degradante, levando em conta, sempre a idade da criança e o ambiente que estimule a saúde, respeito próprio e dignidade da criança. Também assegura as garantias processuais penais, com relação a presunção da inocência, o contraditório, assistência jurídica e respeito a sua vida privada durante todo o processo. Neste norte os Estados também deverão estabelecer idade mínima para que a criança seja considerada incapaz para infringir leis penais.

Ao encerrar a primeira parte dos seus dispositivos, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, textua em seu artigo 41[360] que nada de seu texto prejudicará as leis de um Estado parte, ou normas de direito internacional vigentes para um Estado, quando estas disposições forem mais convenientes para a realização dos direitos da criança.

A partir do artigo 42 ao 45[361], verifica-se que os Estados deverão dar

---

humanos e as garantias legais. 4. Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[360] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 41.Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado Parte; b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[361] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 42. Os Estados Partes se comprometem a dar aos adultos e às crianças amplo conhecimento dos princípios e disposições da convenção, mediante a utilização de meios apropriados e eficazes. Artigo 43.1. A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes na presente convenção, deverá ser estabelecido um Comitê para os Direitos da Criança que desempenhará as funções a seguir determinadas. 2. O comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente convenção. Os membros do comitê serão eleitos pelos Estados Partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica eqüitativa bem como os principais sistemas jurídicos. 3. Os membros do comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes. Cada Estado Parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país. 4. A eleição inicial para o comitê será realizada, no mais tardar, seis meses

após a entrada em vigor da presente convenção e, posteriormente, a cada dois anos. No mínimo quatro meses antes da data marcada para cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados Partes convidando-os a apresentar suas candidaturas num prazo de dois meses. O Secretário-Geral elaborará posteriormente uma lista da qual farão parte, em ordem alfabética, todos os candidatos indicados e os Estados Partes que os designaram, e submeterá a mesma aos Estados Partes presentes à Convenção. 5. As eleições serão realizadas em reuniões dos Estados Partes convocadas pelo Secretário-Geral na Sede das Nações Unidas. Nessas reuniões, para as quais o quorum será de dois terços dos Estados Partes, os candidatos eleitos para o comitê serão aqueles que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes. 6. Os membros do comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão ser reeleitos caso sejam apresentadas novamente suas candidaturas. O mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao término de dois anos; imediatamente após ter sido realizada a primeira eleição, o presidente da reunião na qual a mesma se efetuou escolherá por sorteio os nomes desses cinco membros. 7. Caso um membro do comitê venha a falecer ou renuncie ou declare que por qualquer outro motivo não poderá continuar desempenhando suas funções, o Estado Parte que indicou esse membro designará outro especialista, dentre seus cidadãos, para que exerça o mandato até seu término, sujeito à aprovação do comitê. 8. O comitê estabelecerá suas próprias regras de procedimento. 9. O comitê elegerá a mesa para um período de dois anos.10. As reuniões do comitê serão celebradas normalmente na sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar que o comitê julgar conveniente. O comitê se reunirá normalmente todos os anos. A duração das reuniões do comitê será determinada e revista, se for o caso, em uma reunião dos Estados Partes da presente convenção, sujeita à aprovação da Assembléia Geral. 11. O Secretário-Geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções do comitê de acordo com a presente convenção. 12. Com prévia aprovação da Assembléia Geral, os membros do Comitê estabelecido de acordo com a presente convenção receberão emolumentos provenientes dos recursos das Nações Unidas, segundo os termos e condições determinados pela assembléia. Artigo 44.1. Os Estados Partes se comprometem a apresentar ao comitê, por intermédio do Secretário-Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos: a) num prazo de dois anos a partir da data em que entrou em vigor para cada Estado Parte a presente convenção; b) a partir de então, a cada cinco anos. 2. Os relatórios preparados em função do presente artigo deverão indicar as circunstâncias e as dificuldades, caso existam, que afetam o grau de cumprimento das obrigações derivadas da presente convenção. Deverão, também, conter informações suficientes para que o comitê compreenda, com exatidão, a implementação da convenção no país em questão. 3. Um Estado Parte que tenha apresentado um relatório inicial ao comitê não precisará repetir, nos relatórios posteriores a serem apresentados conforme o estipulado no sub-item b) do parágrafo 1 do presente artigo, a informação básica fornecida anteriormente. 4. O comitê poderá solicitar aos Estados Partes maiores informações sobre a implementação da convenção. 5. A cada dois anos, o comitê submeterá relatórios sobre suas atividades à Assembléia Geral das Nações Unidas, por intermédio do Conselho Econômico e Social. 6. Os Estados Partes tornarão seus relatórios amplamente disponíveis ao público em seus respectivos países. Artigo 45. A fim de incentivar a efetiva implementação da Convenção e estimular a cooperação internacional nas esferas regulamentadas pela convenção: a) os organismos especializados, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos das Nações Unidas terão o direito de estar representados quando for analisada a implementação das disposições da presente convenção que estejam compreendidas no âmbito de seus mandatos. O comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para a Infância e outros órgãos competentes que considere apropriados a fornecer assessoramento especializado sobre a implementação da Convenção em matérias correspondentes a seus respectivos mandatos. O comitê poderá convidar as agências especializadas, o Fundo das Nações Unidas para Infância e outros órgãos das Nações Unidas a apresentarem relatórios sobre a implementação das disposições da presente convenção compreendidas no âmbito de suas atividades; b) conforme julgar conveniente, o comitê transmitirá às agências especializadas, ao Fundo das Nações Unidas para a Infância e a outros órgãos competentes quaisquer relatórios dos Estados Partes que contenham um pedido de assessoramento ou de assistência técnica, ou nos quais se indique essa necessidade, juntamente com as observações e sugestões do comitê, se as houver, sobre esses pedidos ou indicações; c) comitê poderá recomendar à Assembléia Geral que solicite ao Secretário-Geral que efetue, em seu nome, estudos sobre questões concretas relativas aos direitos da criança; d) o comitê poderá formular sugestões e recomendações gerais com base nas informações recebidas nos termos dos

publicidade ao texto da convenção e estabelecer que as Nações Unidas devem criar um Comitê para os Direitos da Criança, que podem apresentar sugestões ou recomendações, com representantes escolhidos em votação secreta por lista de pessoas indicadas pelos Estados partes. Este Comitê recebe relatório a cada cinco anos, com as medidas que os Estados adotaram para dar Efetividade aos direitos reconhecidos na Convenção, que devem estar disponíveis ao público nos respectivos países. Verifica-se que para estimular e implementar a mesma, as Nações Unidas ainda fornecerão o aporte de suas agências especializadas e do Fundo das Nações Unidas para a Infância,

Na terceira parte dispositiva, dos artigos 46 a 54[362], nota-se que a

---

Artigos 44 e 45 da presente convenção. Essas sugestões e recomendações gerais deverão ser transmitidas aos Estados Partes e encaminhadas à Assembléia geral, juntamente com os comentários eventualmente apresentados pelos Estados Partes. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[362] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Artigo 46. A presente convenção está aberta à assinatura de todos os Estados. Artigo 47. A presente convenção está sujeita à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Artigo 48. A presente convenção permanecerá aberta à adesão de qualquer Estado. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. Artigo 49. 1. A presente convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data em que tenha sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. 2. Para cada Estado que venha a ratificar a convenção ou a aderir a ela após ter sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão, a convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por parte do Estado, de seu instrumento de ratificação ou de adesão. Artigo 50. 1. Qualquer Estado Parte poderá propor uma emenda e registrá-la com o Secretário-Geral das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará a emenda proposta aos Estados Partes, com a solicitação de que estes o notifiquem caso apoiem a convocação de uma Conferência de Estados Partes com o propósito de analisar as propostas e submetê-las à votação. Se, num prazo de quatro meses a partir da data dessa notificação, pelo menos um terço dos Estados Partes se declarar favorável a tal Conferência, o Secretário-Geral convocará conferência, sob os auspícios das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada pela maioria de Estados Partes presentes e votantes na conferência será submetida pelo Secretário-Geral à Assembléia Geral para sua aprovação. 2. Uma emenda adotada em conformidade com o parágrafo 1 do presente artigo entrará em vigor quando aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas e aceita por uma maioria de dois terços de Estados Partes. 3. Quando uma emenda entrar em vigor, ela será obrigatória para os Estados Partes que as tenham aceito, enquanto os demais Estados Partes permanecerão obrigados pelas disposições da presente convenção e pelas emendas anteriormente aceitas por eles. Artigo 51. 1. O Secretário-Geral das Nações Unidas receberá e comunicará a todos os Estados Partes o texto das reservas feitas pelos Estados no momento da ratificação ou da adesão. 2. Não será permitida nenhuma reserva incompatível com o objetivo e o propósito da presente convenção. 3. Quaisquer reservas poderão ser retiradas a qualquer momento mediante uma notificação nesse sentido dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que informará a todos os Estados. Essa notificação entrará em vigor a partir da data de recebimento da mesma pelo Secretário-Geral. Artigo 52. Um Estado Parte poderá denunciar a presente convenção mediante notificação feita por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia entrará em vigor um ano após a data em que a notificação tenha sido recebida pelo Secretário-Geral. Artigo 53. Designa-se para depositário da presente convenção o Secretário-Geral das Nações Unidas. Artigo 54. O original da presente convenção, cujos textos em árabe chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado em poder do Secretário-Geral das Nações Unidas. Em fé do que, os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente

Convenção tem como depositário o Secretário-Geral das Nações Unidas, entretanto fica aberta a adesão de qualquer Estado, respeitando os processos individuais de ratificação, desde que ao apresentarem reservas, não o façam no intuito de ser incompatível com seu objetivo ou propósito.

Como se vê, entre os princípios fundamentais da Convenção de 1989 está fundado o princípio do interesse superior da criança que passa a ser critério basilar e edificador dos julgamentos e decisões que afetem a saúde, educação, bem-estar e dignidade da infância[363]".

No aspecto conceitual, a Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, considera direitos infanto-juvenis aqueles, orientados à formação de crianças e adolescentes, com pleno respeito a sua capacidade intelectual, destinando-se a preparação progressiva para os fins que a vida adulta representa, dotando-os de utilidade na condição de cidadãos[364].

A educação é destaque na Convenção, e num pensar crítico se afirma que a ausência do direito à escola, e especialmente a escola da primeira infância, revela em verdade verdadeiro furto por parte dos adultos, vez que o norte da educação tem importância primordial entre os países mais pobres muitas vezes explorados por países de primeiro mundo para manterem seus privilégios. Crianças que ali vivem, tem na realidade o direito de receber educação de qualidade. E isto é um dever porque sua pobreza em razão da falta de escolas se traduz em complexo, resultado do roubo de seus bens em benefício do luxo desmedido dos países desenvolvidos. Tal fala também deve ser dita aos países em desenvolvimento que se submetem aos preceitos da possibilidade do desenvolvimento, calcados em realidade no desprezo à criança e à educação[365]. Deve-se considerar que a Educação se apresenta como direito fundamental, portanto, tem que ser dotado de Efetividade plena, em relação a primeira infância. Sem esta Efetividade, por certo a

---

autorizados por seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

[363] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 54.

[364] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progesiva de los niños, niñas y adolescntes a la ciudadania activa in **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 118.

[365] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Lara, Francisco. Los Derechos del Niño y la Educación. **Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 141.

criança se encontrará em desigualdade de oportunidades, evitando que possa desenvolver uma capacidade progressiva no intuito de tornar-se um adulto contemplado pelos direitos infanto-juvenis[366].

Decorrida a adesão e ratificação da Convenção dos Direitos da Criança de 1989 se busca discernir a quem realmente cabe a aplicação da Convenção. Neste pensar, a convenção requer a participação social de diversos atores, entre eles, família, crianças e adolescentes, a sociedade civil, o setor privado, a comunidade internacional e os meios de comunicação para o desempenho em um papel relevante para o cumprimento dos direitos estabelecidos. Embora estes atores sejam importantes, tem-se com a Convenção um ator principal que aparece como garantidor primário, que é o Estado que deve elaborar políticas públicas e ações que criem condições necessárias e suficientes para que cada ator possa exercer seu papel, tendo ainda por referência garantias edificadas em vontade política, programas integrais, e mecanismos reais de participação, quer sejam locais, regionais ou nacionais[367].

Assim, os Estados, por suas competências e atribuições internas proverão recursos em benefício da criança, entendendo que tal prática deve ser manifesta nos Estados Republicanos, Democráticos e Sociais de Direito, valorizando a criança como sujeito de direitos, traçando um plano de ação nacional, com alianças federativas, formando agendas estatais orientadas a efetivação dos direitos infanto-juvenis. Um excelente alerta é realizado pela Convenção, quando afirma que seu desafio basilar consiste no trabalho efetivo para que os direitos da criança tenham seus direitos efetivados, lembrando que todos são recompensados por seus esforços ou castigados por sua indiferença[368].

---

[366] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergência. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 145.

[367] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 304-305.

[368] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 310.

Ademais, ao visualizar os principais aspectos da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, em que se aborda o interesse superior da criança e seu desenvolvimento integral, a luta contra a discriminação ou exclusão, a importância da família e sua relatividade, a participação social da criança e a importância dos meios de comunicação no intuito de promover a discussão e o debate sobre sua implementação, impõe condições econômicas, sociais e culturais.

Quando se olhar com cautela a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, percebe-se (e retoma-se) que há uma exigência no art. 42, para que as crianças tenham meios para defendê-las em seus direitos. Por certo é necessário órgão ou pessoa que os defenda. Desta forma é necessário que se tenha um ombudsman para a infância, ou seja, um defensor dos direitos da infância[369]. No mesmo viés, ao olhar o Comitê dos Direitos da Criança de Genebra, estima-se que se acha implícito no artigo 4[370] da mesma, "cuando habla de las medidas adecuadas para hacer efectivos los derechos de la infancia. Desde 1995 viene recomendando insistentemente a todos los estados ratificantes de la Convención que implantén esta figura[371]. A figura do Ombudsman para defesa da Criança foi implantada em 1981, pela primeira vez na Noruega, que antes mesmo da convenção, determinou a esta autoridade a defesa da infância, e pouco tempo depois, a Costa Rica o estabeleceu. Trazendo para a seara brasileira, pode-se afirmar que, além dos conselhos tutelares e varas judiciais especializadas da infância, é no promotor de justiça que recai a figura de ombudsman da infância no Brasil, sendo este quem pode promover e propor as medidas administrativas e judiciais para a Efetividade do direito social à educação da primeira infância no Brasil. Para ratificar este pensar, a UNICEF através de seu Centro de Investigação da Criança, estabelecido em Florença, na Itália, estabeleceu que o promotor é a grande figura de defesa dos direitos da

[369] BRASIL. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Art. 42. Os Estados Partes se comprometem a dar aos adultos e às crianças amplo conhecimento dos princípios e disposições da convenção, mediante a utilização de meios apropriados e eficazes. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 11 de abril de 2016.
[370] BRASIL. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Artigo 4.Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 11 de abril de 2016.
[371] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Moner, Jordi Cots i. El Defensor de los derechos de la infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 449.

criança[372], mesmo sabendo que a terminologia “promotor” possa ter variadas funções e significados em diferentes países. Porém o Comitê dos Direitos da Criança não se definiu sobre o tema, prevendo que os Estados que ratificaram a Convenção devam criar estruturas para a implementação plena dos direitos infanto-juvenis.

O Comitê dos Direitos da Criança é o órgão composto por especialistas e criado em virtude dos art. 43 da Convenção sobre os Direitos da Criança que tem por objeto a aplicação e fiscalização sobre o cumprimento pelos Estados Partes do estabelecido na Convenção, tendo ainda dois protocolos facultativos (sobre o envolvimento de Crianças em Conflitos Armados e à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil). A data de inicio dos trabalhos do Comitê ocorreu em 30 de setembro de 1991, tendo suas competências filtradas em conteúdos relacionados à competência, proteção e promoção dos direitos da criança. Devido à quantidade de Estados que ratificaram a Convenção de 1989, o Artigo 43 foi acrescido na emenda nº 2, proposta pela Costa Rica e adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1995, elevando o número de membros para 18[373].

---

[372] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Moner, Jordi Cots i. El Defensor de los derechos de la infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 452.

[373] ONU. Brasil. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. Artigo 43.1. A fim de examinar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados Partes na presente convenção, deverá ser estabelecido um Comitê para os Direitos da Criança que desempenhará as funções a seguir determinadas. 2. O comitê estará integrado por dez especialistas de reconhecida integridade moral e competência nas áreas cobertas pela presente convenção. Os membros do comitê serão eleitos pelos Estados Partes dentre seus nacionais e exercerão suas funções a título pessoal, tomando-se em devida conta a distribuição geográfica eqüitativa bem como os principais sistemas jurídicos.3. Os membros do comitê serão escolhidos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados Partes. Cada Estado Parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país.4. A eleição inicial para o comitê será realizada, no mais tardar, seis meses após a entrada em vigor da presente convenção e, posteriormente, a cada dois anos. No mínimo quatro meses antes da data marcada para cada eleição, o Secretário-Geral das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados Partes convidando-os a apresentar suas candidaturas num prazo de dois meses. O Secretário-Geral elaborará posteriormente uma lista da qual farão parte, em ordem alfabética, todos os candidatos indicados e os Estados Partes que os designaram, e submeterá a mesma aos Estados Partes presentes à Convenção. 5. As eleições serão realizadas em reuniões dos Estados Partes convocadas pelo Secretário-Geral na Sede das Nações Unidas. Nessas reuniões, para as quais o quorum será de dois terços dos Estados Partes, os candidatos eleitos para o comitê serão aqueles que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes.6. Os membros do comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Poderão ser reeleitos caso sejam apresentadas novamente suas candidaturas. O mandato de cinco dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao término de dois anos; imediatamente após ter sido realizada a primeira eleição, o presidente da reunião na qual

Para uma compreensão adequada dos trabalhos do Comitê, os Estados Partes apresentam informes periódicos acerca do cumprimento da Convenção de 1989 a cada cinco anos, sempre analisados pelo comitê que emanará recomendações e preocupações na forma de observações gerais. Estabeleceu-se através da Convenção que seria criado um Comitê de Direitos da Criança, integrados por 18 “experts” que atuariam de forma pessoal. Os Estados que ratificam a Convenção devem sempre comunicar a este comitê as medidas adotadas para o cumprimento das disposições convencionais[374]. Na esfera interna, também importaria que os Estados tivessem uma comissão especial de direitos humanos e demonstrassem com indicadores e monitoramento, o cumprimento das recomendações advindas do Comitê de Direitos Humanos da ONU, CIDH e outros, como forma de cumprimento dos direitos humanos e das recomendações que são emitidas[375].

Para Piovesan a forma de controle internacional sobre a aplicação desta Convenção foi estabelecida pelo Comitê sobre os Direitos da Criança, ao qual cabe monitorar a implementação da Convenção, por meio de exame de relatórios periódicos encaminhados pelos Estados Partes[376].

Como se viu, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 reforça a ideia de que estes sujeitos de direitos merecem uma nova forma de guarida estatal,

---

a mesma se efetuou escolherá por sorteio os nomes desses cinco membros. 7. Caso um membro do comitê venha a falecer ou renuncie ou declare que por qualquer outro motivo não poderá continuar desempenhando suas funções, o Estado Parte que indicou esse membro designará outro especialista, dentre seus cidadãos, para que exerça o mandato até seu término, sujeito à aprovação do comitê. 8. O comitê estabelecerá suas próprias regras de procedimento. 9. O comitê elegerá a mesa para um período de dois anos. 10. As reuniões do comitê serão celebradas normalmente na sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar que o comitê julgar conveniente. O comitê se reunirá normalmente todos os anos. A duração das reuniões do comitê será determinada e revista, se for o caso, em uma reunião dos Estados Partes da presente convenção, sujeita à aprovação da Assembléia Geral. 11. O Secretário-Geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções do comitê de acordo com a presente convenção. 12. Com prévia aprovação da Assembléia Geral, os membros do Comitê estabelecido de acordo com a presente convenção receberão emolumentos provenientes dos recursos das Nações Unidas, segundo os termos e condições determinados pela assembléia.http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-dir-criancas-novo.html. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

[374] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 56.

[375] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 308.

[376] PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2011, p. 273.

em que a proteção integral, com atenção especial e prioridade, se constitua na forma de ser dos Estados que se dizem democráticos, de direito, sociais e republicanos. A implementação da Convenção passa a ser tarefa dos Estados, e ideário dos participes sociais em todas as esferas, quer pública ou privada. O desafio central e básico para "quienes trabajamos con la niñez a fin de ver concretados sus derechos. Y recordemos que en este proceso todos seremos compensados por nuestros esforzos o castigos por nuestra indiferenza[377]".

Necessário retomar alguns tópicos da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 para seguir o delinear de construção e reconhecimento da criança como sujeito de direitos, afirmando que ela tem a finalidade de dotar normas universais de defesa da infância contra o abandono, exploração e maus tratos, e o Direito à Educação, entre outros.

Os principais aspectos da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 abordaram o interesse superior da criança e seu desenvolvimento integral, a luta contra a discriminação ou exclusão, a importância da família e sua relatividade, a participação social da criança e a importância dos meios de comunicação no intuito de promover a discussão e o debate sobre sua implementação. Para que estes conteúdos tenham sim Efetividade são necessárias condições estabelecidas, como: econômicas, políticas, culturais e vontade político-administrativa e investimentos econômicos previstos nas normas orçamentárias.

Assim, as crianças exigem, no que se refere às condições econômicas, que ocorra uma mudança substantativa dos modelos econômicos, que garantam recursos prioritários a criança. Em relação às condições políticas, exigem que ocorra um fortalecimento das Democracias ao garantir o efetivo exercício dos direitos humanos, utilizando-se da equidade, justiça e plena participação da criança ou de seus interesses. As condições culturais importam o resgate de uma cultura ética em que a criança seja respeitada em sua honradez, fundada nos atos de governo, da convivência humana e da solidariedade, como elementos formativos da construção de sua Cidadania. No que se refere às condições político-administrativas se faz

[377] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 310.

imprescindível a existencia de políticas de descentralização administrativa e orçamentária, para promover o compromisso dos entes federados, como condição para avançar no cumprimento efetivos dos direitos da criança.

No visualizar da Convenção, três pontos foram apresentados como fundantes da mesma: a)direito à vida ou sobrevivência; b)direito ao desenvolvimento e, c)direito a proteção. Nessas vertentes, a sobrevivência é caracterizada inicialmente com o direito inerente à vida, sendo que os Estados devem garantir ao máximo possível a sobrevivência e desenvolvimento da criança, em que se reconhece o acesso aos serviços de atenção à saúde (como imunizações e terapias de reabilitação oral), nível de vida adequado (com acesso a alimentos, água potável e residência), assim como o direito a um nome ou nacionalidade. O desenvolvimento aparece como novidade na Convenção, ao oportunizar cada criança no desenvolvimento de seu potencial, dispondo sobre os direitos da criança à educação, ao descanso e ócio; a liberdade de expressão e informação, liberdade de pensamento, consciência e religião. Embora estes direitos façam parte de todos os seres humanos, eles passam de forma explicita e específica às crianças.

O artigo 18 da Convenção se fez importante para esta tese, vez que apresenta a responsabilidade comum dos pais com a Educação de seus filhos. Porém, destaca que o Estado tem que entregar a criança a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância em razão de atividade laboral de seus pais. Ainda, a lembrança que trata-se de norma com status de supralegalidade impondo as normas infraconstitucionais a tarefa de incrementar as políticas públicas para o pleno atendimento desta demanda, que se dá, entre outros mecanismos, pela previsão de recursos orçamentários no plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e Lei Orçamentária anual na esfera municipal, como será visto no capítulo 3.

A educação se fez destaque na Convenção, e num pensar crítico se afirma que a ausência do direito à escola, e especialmente a escola da primeira infância, revela em verdade verdadeiro furto por parte dos adultos, vez que o norte da educação tem importância primordial entre os países mais pobres muitas vezes explorados por países de primeiro mundo para manterem seus privilégios. Crianças que ali vivem, tem na realidade o direito de receber educação de qualidade. E isto é

um dever porque sua pobreza em razão da falta de escolas se traduz em complexo, resultado do roubo de seus bens em benefício do luxo desmedido dos países desenvolvidos. Tal fala também deve ser dita aos países em desenvolvimento que se submetem aos preceitos da possibilidade do desenvolvimento, calcados em realidade no desprezo à criança e à educação. Deve-se considerar que a Educação se apresenta como direito fundamental, portanto, tem que ser dotado de Efetividade plena, em relação a primeira infância. Sem esta Efetividade, por certo a criança se encontrará em desigualdade de oportunidades, evitando que possa desenvolver uma capacidade progressiva no intuito de tornar-se um adulto contemplado pelos direitos infanto-juvenis.

O Comitê dos Direitos da Criança é o órgão composto por 18 especialistas e criado em virtude dos art. 43 da Convenção sobre os Direitos da Criança que tem por objeto a aplicação e fiscalização sobre o cumprimento pelos Estados Partes do estabelecido na Convenção. Para uma compreensão adequada dos trabalhos do Comitê, os Estados Partes apresentam informes periódicos acerca do cumprimento da Convenção de 1989 a cada cinco anos, sempre analisados pelo comitê que emanará recomendações e preocupações na forma de observações gerais. Os Estados que ratificam a Convenção devem sempre comunicar a este comitê as medidas adotadas para o cumprimento das disposições convencionais. Na esfera interna, também importaria que os Estados tivessem uma comissão especial de direitos humanos e demonstrassem com indicadores e monitoramento, o cumprimento das recomendações advindas do Comitê de Direitos Humanos da ONU, Corte Inter-Americana de Direitos Humanos e outros, como forma de cumprimento dos direitos humanos e das recomendações que são emitidas.

No Brasil a Convenção foi recepcionada pelo Congresso Nacional com a expedição do Decreto Legislativo nº 28 de 14 de setembro de 1990, sendo que o Presente da República expediu o Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990 e tem status normativo de norma supralegal.

2.3 As diferentes conceituações jurídicas entre Declarações e Normas de Direito Internacional

As declarações internacionais que aqui são citadas se constituem em atos decorrentes de órgãos internacionais e expressam uma vontade comum no intuito

de fortalecer os direitos humanos, sendo incorporadas no ideário político dos Estados, como verdadeiras inspirações para a cooperação e concretização na ordem interna. Desta forma não precisam de qualquer processo de ratificação porque não são normas jurídicas.

Já as normas jurídicas internacionais precisam ser recepcionadas no Brasil por um processo solene de ratificação, em que o Presidente da República é o responsável pela celebração das normas internacionais[378].

Após este ato, é necessário o referendum do Congresso Nacional[379] com seus 513 deputados e 81 senadores, que resolvem definitivamente sobre os tratados internacionais exarando o competente decreto legislativo.

Importante destacar que é necessário um quórum mínimo [380] para aprovação das matérias. Deve-se ter a presença da maioria absoluta dos membros (257 na Câmara dos Deputados e 41 no Senado Federal) para a aprovação que ocorrerá pela maioria. Porém, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o §3º ao Art. 5º da CRFB/1988[381] quando a norma internacional se referir a direitos humanos, o processo de votação terá que ter 3/5 dos membros do Congresso Nacional (308 na Câmara dos Deputados e 49 no Senado Federal). Nadia de Araujo[382] destaca que, mesmo com a Emenda Constitucional nº 45, não se dispensou a internalização desses tratados, mas se determinou um procedimento diverso para os tratados de direitos humanos. Em sequência, o Presidente da República recebe o decreto legislativo do Congresso Nacional e expede o Decreto

---

[378] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República (...)VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 69.

[379] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 53.

[380] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 52.

[381] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p.12

[382] ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: direito e prática brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 151

Presidencial[383].

Neste ato de promulgação, a norma internacional passa a ter executoriedade interna, aguardando o prazo de *vacatio legis* e dos termos dos tratados internacionais para ter vigência internacional, que estará definida no corpo do tratado. Araújo[384] afirma que o Brasil adotou a teoria dualista porque é imperativo proceder à internalização do tratado para sua vigência interna. É dever lembrar que todos os procedimentos de recepção e ratificação dos tratados são atos discricionários das autoridades públicas, investidas em suas funções pelo voto direito e secreto, conforme preceitua o Art. 14 da CRFB/1988[385], em que se elege o Presidente da República e os membros do Congresso Nacional.

É dever ainda afirmar que as normas internacionais, recepcionadas pelo Brasil, devem estar de acordo com o texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal assevera que ocorre a supremacia da CRFB/1988 sobre todos os tratados internacionais. O exercício do '*treaty-making power*', pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da CR. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política (MI 772-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 24-10-2007, Plenário, *DJE* de 20-3-2009) [386] . Avançando na interpretação, acerca do status dos tratados internacionais importa destacar que quando tratar de assuntos gerais, são equiparadas a normas ordinárias, como previsto no art. 5º, § 2º da CRFB/1988[387], mas quando trata de direitos humanos são equiparadas a normas supralegais, posicionando-se entre a CRFB/1988 e as normas infraconstitucionais. Merece

---

[383] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 69. Art. 84.(...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

[384] ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: direito e prática brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006, p. 151.

[385] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei (...). São Paulo : Saraiva, 2014, p. 15.

[386] BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**.www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd. Acesso em 10 de dezembro de 2014.

[387] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.49ª Ed.São Paulo : Saraiva, 2014, p. 12.

destaque a posição do Supremo Tribunal Federal quando destaca no Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 466343, que o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão[388]. Mas quando uma norma jurídica internacional de direitos humanos for recepcionada na forma do Art. 5º, §3º mencionado, o status normativo desta é de Emenda à Constituição.

Esta categorização normativa é relevante, porque nos informa que a proteção do Direito da Criança à Educação na Primeira Infância no Brasil possui um arcabouço normativo que infere reais providências do Estado na tomada de posição para execução dos mesmos. Quando se vislumbra que a norma internacional ratificada, recebe o status de norma supralegal ou de emenda à Constituição, está a se dizer que em caso de conflito com norma infraconstitucional, é a norma supralegal ou emenda à Constituição que prevalecerá. Com isto resta claro o compromisso e comprometimento brasileiro, as grandes demandas do cenário global que encontra na criança o alicerce de um mundo mais digno e consciente, do qual o Estado e seus atores não podem omitir ou negar.

Assim, estas declarações e normas internacionais recepcionadas pelo Brasil se constituem no sustentáculo de articulação jurídica para a construção efetiva dos direitos da criança.

2.4 Exemplos da atuação internacional em defesa dos Direitos Infanto-juvenis

No âmbito internacional quanto a proteção dos direitos da criança, a União Européia, ao perceber que a Convenção foi ratificada por quase todos os membros da ONU, com exceção dos EUA e Somália, passou a se responsabilizar de forma mais comprometida com a promoção dos direitos da infância com o objetivo de satisfação das necessidades básicas, como integrantes de sua atuação política interna e externa[389].Tal razão se reveste de significado porque a União Européia tem condições de auxiliar os demais países em desenvolvimento ou em vulnerabilidade.

---

[388] BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**.ww.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar. Acesso em 15 de abril de 2015.

[389] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Garay, Juan. La política de la Unión Europea en la defensa de los derechos de la infancia en el mundo Participación y ciudadanía:

Neste sentido desenvolver ações para melhorar a situação da infância, prevenindo a flagilidade dos Estados e assim evitar gerar inaceitáveis diferenças sócio-econômicas. E ao pensar em solução, buscar o desenvolvimento sustentável a longo prazo, levando a coesão social e estabilidade no mundo de hoje[390]. Para a Efetividade desta prática de ação, em benefício dos direitos da Criança, a União Europeia elaborou um plano de ação sobre os direitos da infância em ação exterior, em documento nominado como a Infância em Situações de Emergência e Crise, estabelecendo prioridades concretas, mecanismos e, principalmente valores orçamentários para atender tais direitos pelo mundo.

Pode-se vincular estas ações em algumas situações específicas: a) atendimento à criança e adolescentes em países cuja capacidade econômica seja demasiadamente limitada para garantir um acesso a uma vida aceitável com direito a serviços básicos, através de metas de cooperação, desenvolvimento e erradicação da pobreza; b) inserir as crianças e adolescente na política comercial, procurando identificar e penalizar aqueles que produzem com a utilização do trabalho infantil; c) inserção da criança e adolescente como pauta de diálogo entre a União Europeia e as autoridades nacionais de terceiros países com o objetivo de que os compromissos assumidos na Convenção sejam cumpridos; d) a adoção de ações regionais e mundiais, estabelecendo o caráter supranacional para tratar questões decorrentes do trabalho infantil, do tráfico de crianças, da violência (inclusive sexual) e a situação da criança em conflitos armados; e) atuar com mecanismos que reforcem a autonomia da criança na tomada de decisões que lhe importem, desempenhando papel ativo na sociedade em que estão; f) contribuir em situações decorrentes da necessidade de ajuda humanitária em países em conflitos ou com vulnerabilidade econômica e social. Por fim, atuará em três aspectos fundamentais de crise ou situação emergencial: a questão das crianças separadas de suas famílias ou sozinhas, as crianças recrutadas por forças ou grupos armados e,

---

derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 423.

[390] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Garay, Juan. La política de la Unión Europea en la defensa de los derechos de la infancia en el mundo Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 424.

relacionado ao tema, a atuação da União Européia no auxílio à educação das crianças em situação de emergência[391].

Assim, no âmbito internacional quanto a proteção dos direitos da criança, foi utilizado o exemplo da União Européia que, ao perceber que a Convenção foi ratificada por quase todos os membros da ONU, passou a se responsabilizar de forma mais comprometida com a promoção dos direitos da infância com o objetivo de satisfação das necessidades básicas, como integrantes de sua atuação política interna e externa. Para a Efetividade desta prática de ação, em benefício dos direitos da Criança, a União Europeia elaborou um plano de ação sobre os direitos da infância em ação exterior, em documento nominado como a Infância em Situações de Emergência e Crise, estabelecendo prioridades concretas, mecanismos e, principalmente valores orçamentários para atender tais direitos pelo mundo.

2.4.1 A Espanha e o Observatório da Infância

Adentrando na especificidade da União Europeia, utiliza-se o exemplo da Espanha para a constatação de que a infância necessitada de auxílio, é um sujeito de direitos plenos, tendo direito ao desenvolvimento de sua personalidade e integração social, Desta forma, ao tratar-se de indivíduos em desenvolvimento, crianças e adolescentes são caracterizados como um coletivo de especial vulnerabilidade, necessitando que terceiros os cuidem, assistam, representem ou eduquem, merecendo adequada proteção jurídica e administrativa, para o exercício e garantia de suas necessidades e pleno desenvolvimento de suas personalidades, resultando em integração social.

Para tanto existem na Espanha observatórios da Infância que se constituem em órgãos colegiados de caráter consultivo e que surgiram através do Acordo do Conselho de Ministros em 12 de março de 1999, que tem por objeto a elaboração de um sistema de informações centralizados e compartilhados, que possibilita visualizar o bem-estar e a qualidade de vida da população infantil e especialmente, das políticas públicas que afetam a Efetividade dos direitos da

[391] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Garay, Juan. La política de la Unión Europea en la defensa de los derechos de la infancia en el mundo Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 428-429.

criança, pelo caminhar da implantação e desenvolvimento de práticas que se entrelacem com o desenvolvimento progressivos da criança.

Quando analisados os observatórios em âmbito estadual na Espanha, verifica-se que se constitui em magnífica plataforma de visualização da criança, com olhares diversos, buscando a dedicação das administrações e associações ou organizações em prol dos direitos voltados ao bem-estar e qualidade de vida infanto-juvenil. Entre os objetivos destes observatórios estão: reconhecer o estado de qualidade de vida da população infantil, identificar e exigir continuidade as políticas públicas que afetam as crianças e adolescentes, bem como recomendar novas políticas inclusivas e positivas para a progressão destes sujeitos de direitos. Ainda, estimulando a investigação e conhecimento, publicando estudos e informes periódicos, contribuindo assim, para uma maior Efetividade dos direitos infanto-juvenis[392].

Como destacado, utilizou-se o exemplo da Espanha para a constatação de que a infância necessita de auxílio e o observatório da infância muito contribui com a possibilidade de promoção e realização dos direitos infanto-juvenis.

2.4.2 A República do Chile e o Direito Social à Educação

Numa demonstração da importância do direito internacional para a questão da Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância, em 5 de abril de 2016, o Comitê dos Direitos da Criança[393], pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em caso Chileno, se manifestou ao textuar que o Estado segue sendo o verdadeiro Guardião do Direito à Educação em todas as circunstâncias, pelas palavras do Relator Especial das Nações Unidas sobre o Direito à Educação, Kishore Singh, indiano, que durante muitos anos trabalhou na UNESCO para a promoção da Educação, que esteve no Chile entre 24 de março de 2016 e 4 de abril de 2016, chamando as autoridades chilenas a destinar a educação a maior quantidade de recursos possíveis.

---

[392] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Marín, Maria Carmen Puyó. El Observatorio de Infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 271.

[393] ONU. **Conselho de Direitos Humanos da ONU**.http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18558&LangID=S. Acesso em 6 de abril de 2016.

O caso chileno é apontado em razão da educação dos últimos trinta anos, por estar em um período de transformação, ao deixar de ser um simples bem de consumo, e se constituir em direito dos seus cidadãos. Assim se verificou neste tempo, que as políticas educativas fundavam-se nas forças do mercado, motivadas pela suposta liberdade de ensino, que por fim, resultaram em níveis elevados de segregação e estratificação escolar. Deveriam voltar-se portanto para a responsabilidade social com a educação, em que o Estado é a autoridade legítima no exercício de produção normativa que recai sobre o sistema educacional de um Estado. O destaque chileno é tão importante porque revela o implementar da Lei de Educação Inclusiva de junho de 2015, onde assumiu-se o compromisso de erradicar progressivamente e completamente a educação com fins lucrativos antes do final de 2017, enaltecendo que esta reforma não tem precedentes históricos. Entre estas normas reguladoras da educação do Chile se encontra o Sistema Nacional de Educação Pública e a Lei de garantia dos direitos da Criança, que exalta este sujeito de direitos como referente de construção democrática pelo caminhar da distribuição dos recursos estatais para o seu pleno desenvolvimento e reforma normativa que responsabiliza efetivamente o Estado.

Para tanto, o Relator Especial das Nações Unidas chamou a atenção das autoridades chilenas para que se adote norma específica sobre o financiamento da educação, ressaltando que a Educação não é um direito em si mesmo, mas premissa fundante para a fruição dos demais direitos humanos. E quando se vislumbrar uma norma jurídica que dedique o máximo de recursos possíveis à Educação, se constituirá um marco jurídico sustentável de amadurecimento republicano. Ainda, manifesta que, quando um Estado constitui um marco normativo estrito para a promoção da educação como um direito e não negócio ou bem de consumo, evita situações como a corrupção na educação ou até mesmo fraudes financeiras.

Por fim, manifestou que a educação é um direito inalienável de toda criança. Em sendo assim, a Comunidade Internacional, as Nações Unidas e todos nós “no deberíamos perder la oportunidad de apoyar los actuales esfuerzos encomiables de Chile hacia la realización efectiva del derecho a la educación”. Com isto, se mantém na primeira ordem os princípios da justiça social e equidade para conseguir que as reformas possam construir um Chile mais aprimorado para as

gerações presentes e futuras. No mesmo norte, se pode dizer que o Direito à Educação pode materializar a justiça, como “un andar buscando en las vicisitudes concretas de la vida y no el encontrar un concepto, una Idea abstracta. Entre nosostros, justo es quien busca la justicia[394]”.

Este caso revela que a educação é um direito inalienável de toda criança. Em sendo assim, a Comunidade Internacional, as Nações Unidas e todos, devem apoiar os esforços chilenos para a realização efetiva do Direito à Educação. Com isto, se mantém na primeira ordem os princípios da justiça social e equidade para conseguir que as reformas possam construir um Chile mais aprimorado para as gerações presentes e futuras. No mesmo norte, se pode dizer que o Direito à Educação pode materializar a justiça, ao passo que o justo é quem à busca.

2.5 Cúpulas Mundiais da Infância e Objetivos do Milênio

Para se compreender a construção desta longa caminhada em prol dos direitos de crianças e adolescente, observa-se também que começam a aparecerem cúpulas, com o objetivo de proteção dos direitos da criança. Em 1990 a ONU realiza a Cúpula Mundial da Infância, celebrada em setembro de 1990, onde mais de 70 chefes de Estado e de Governo reuniram-se entre 29 e 30 de setembro em Nova York para estabelecerem considerações gerais sobre a infância e elaborarem um plano de ação para o desenvolvimento e proteção da criança, com o objetivo central de incentivar novas iniciativas e um plano de ação em benefício da infância no cenário internacional para, erradicar os flagelos que insistem em aparecer para o detrimento das crianças[395].

Pode-se aduzir que a Cúpula Mundial de Nova York de 1990 estabeleceu novas esperanças no trato infanto-juvenil. Isto porque grande número de países a firmaram e os planos de ações nacionais levantados foram considerados como incentivos aos Países firmantes, organizações internacionais ou não governamentais assim como todos os setores sociais que tenham vínculos ou participação ativa no tema. Desta forma construiu-se uma base de efetiva ação prática em favor da

[394] ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlos Maria. **La exigencia de justicia.** Madrid : Editorial Trota, 2006, p. 44.
[395] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 105.

proteção à infância, que em decorrência contribui para o desenvolvimento da humanidade e exercício dos direitos. Lançou-se assim uma esperança para crianças de que nesta década e na década inicial do segundo milênio, seriam impulsionadas todas as ações para o fiel cumprimento dos objetivos fixados[396].

No plano de ação estabelecido conclamou a cooperação internacional e as ações nacionais, considerado o guia para os governos nacionais, organizações internacionais, agências bilaterais e também os organismos não governamentais a fim de implementarem programas derivados da Declaração. Neste plano estabeleceram-se metas e objetivos para o ano de 2000, como: a diminuição da taxa de mortalidade infantil á metade da registrada em 1990, diminuição de desnutrição entre crianças menores de 5 anos a metade da registrada em 1990, acesso universal aos meios sanitários e água potável, e, especialmente, acesso universal à educação básica e educação fundamental completa para um mínimo de 80 por 100 crianças em idade escolar, e ainda pela diminuição da taxa de analfabetismo. E como destaque, a inserção da mulher no cenário educacional e proteção das crianças em circunstâncias, com dificuldades ou em caso de conflitos armados[397].

Esta importante cúpula ainda chamava a atenção para que os Estados preparassem planos de ações com programas locais em favorecimento, entre outros, à educação básica, saúde infantil, alimentação e nutrição. Porém, com certeza, o grande enfoque trazido pela Cúpula Mundial de Nova York em 1990, revelou-se é revelado pela necessidade de revisar as conjunturas políticas nacionais, como forma de creditar maior prioridade para o alcance das metas, que seriam possíveis, se estivessem com orçamento que efetivamente assegurasse os programas com prioridade de recursos para o trato da criança[398].

Neste mesmo ano de 1990, ocorria no Brasil em 13 de julho a promulgação e sanção do Estatuto da Criança e do Adolescente que antecede a recepção, adesão, vinculação e incorporação no ordenamento jurídico nacional da

---

[396] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 115.
[397] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 108-109.
[398] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 109.

Convenção de 1989, em 21 de novembro o Decreto nº 99.710[399] promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança no Brasil, quando o Governo brasileiro ratificou a convenção em 24 de setembro de 1990, entrando em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990. Vale aqui a crítica aos atos do Governo brasileiro, pois se sabe que a obrigação do Estado somente será gerada após todo ato de ratificação. Quanto a reservas o decreto revela que o Brasil a ratificou sem reservas, devendo ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém. O artigo 266 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu sua entrada em vigor 90 dias após sua publicação, e, durante o período de vacância, deveriam ser promovidas atividades e campanhas de divulgação e esclarecimentos acerca de suas disposições.

Com o objetivo de analisar a Efetividade dos direitos das crianças e adolescente no tempo das Normas Jus Cogens que vinculam os Estados, verifica-se em setembro do ano de 2000, na sede da Organização das Nações Unidas, adotaram-se os Objetivos do Milênio (2000-2015)[400], composto por: a)reduzir a pobreza; b)atingir o ensino básico universal; c) proporcionar igualdade entre os sexos e autonomia das mulheres; d) reduzir a mortalidade na infância; e) melhorar a saúde materna; f) combater o HIV/Aids, malária e outras doenças; g) garantir a sustentabilidade ambiental, e, h) garantir a sustentabilidade ambiental. Estes objetivos passaram a ser o ponto referencial da atuação deste órgão internacional, na busca pela concretude internacional dos direitos da criança, e especialmente, pelo incentivo à universalização da educação primária dos países. E no Brasil, seu foco foi a ampliação do acesso obrigatório, que será analisado quanto aos resultados, na linha temporal.

No ano de 2009, no vigésimo aniversário da Convenção, “se puede considerar como la carta magna de la infancia y la adolescencia pues la misma constuye un paso importante en el proceso de evolución que se ha operado en Derecho Internacional de los Derechos Humanos a favor de los derechos del niño[401]”. Estabeleceu-se então um corpo normativo específico e com alcance geral e

---

[399] BRASIL. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 15 de abril de 2016.
[400] ONU. http://www.pnud.org.br/ODM2.aspx. Acesso em 04 de abril de 2016.
[401] OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha Gonzáles (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in **La Protección de los Niños en el Derecho**

caráter vinculante. A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 se revelou como um instrumento de codificação e desenvolvimento progressivo sendo um marco nas Nações Unidas, “al ocuparse del tratamiento específico de los derechos de un sector de población demandante de una especial atención y protección, como és el niño, atendiendo a la regulación que de esos derechos ya existiera hasta el momento y ampliando su contenido respeto a ella, y partiendo de un nuevo enfoque al niño como titular de derechos en orden universal[402]”. Para Luque, nestes mais de 20 anos de vigência da Convenção, identificaram-se avanços, através de um maior cuidado com investigação e documentação, capacitação e formação dos atores para o tema de direitos humanos, levantamento de indicadores para o prosseguir da Convenção, com ampla difusão de informes e como relevante, a promoção e abertura de espaços públicos que tenham como tema central os direitos da criança e os necessários impulsos com respostas para as demandas de incidência política sobre a causa infanto-juvenil[403].

Ainda em 2009, segundo o Departamento de Información Pública de La Naciones Unidas La Convención sobre los Derechos Del Niños “reconoce La vulnerabilidad especial de la infancia y compila en un código único medidas de protección de los niños que abarcan todos los tipos de derechos humanos (...) en la convención se garantiza la no discriminación y se reconoce que todas las medidas deben orientarse en función del interes superior del niño. No mesmo norte destaca que “los Estados partes han de establecer garantías para la supervivência, el desarrollo, la protección y la participación de los niños[404]”. Com igual olhar a Convenção “establece normas que abarcan el descuido y el abuso al que se enfrentan los niños. Reconoce su vulnerabilidad especial, y plantea sus derechos civiles, económicos, sociales e culturales como elemento de un conjunto de disposiciones interdependientes[405]”.

Internacional y en Relaciones Internacionales, Madrid : Marcial Pons, 2010, p.73-74.

[402] LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p.51

[403] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 304-305.

[404] ONU. Departamento de Información Publica de Las Naciones Unidas. **La Naciones Unidas Hoy**. Nueva York : Naciones Unidas, 2009, p. 284.

[405] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional.**

Retornando aos Objetivos do Milênio, por força de relatoria, formulado pela ONU em 2013, verificou-se que a percentagem de jovens de 15 a 24 anos com pelo menos seis anos completos de estudo, passou de 59,9% em 1990, para 84% em 2012. Ou seja, a percentagem de jovens que não tiveram a oportunidade de completar um curso primário diminuiu para dois quintos do nível de 1990. Além disso, a desigualdade do acesso à escola pelas crianças de 7 a 14 anos foi superada graças às sucessivas políticas de universalização do ensino que reduziram radicalmente as restrições de oferta de serviços educacionais[406].

Quando examinado o segundo relatório de acompanhamento dos Objetivos do Milênio em 2013, verificou-se que o Brasil alcançou meta de redução de mortalidade infantil (até 5 anos), passando da taxa de 53,7 em 1990 para 17,7 óbitos por mil nascidos vivos em 2011. O Brasil também já atingiu a meta estabelecida em relação às mortes de crianças com menos de 1 ano de idade, passando de 47,1 para 15,3 óbitos por mil nascidos vivos, superando a meta de 15,7 óbitos estimada para 2015. Neste ponto se tem o reflexo importante do acesso a acesso à educação à primeira infância com fundamento para a progressividade de direitos e da própria sobrevivência.

De outro modo verificou-se que a educação primária como meta, não foi atingida até 2015, já no relatório de Desenvolvimento do Milênio de 2013, visualizou-se que a garantia de que os meninos e meninas tivessem oportunidade de terminar o ensino primário não foi atingida, em razão da lenta expansão da educação e com as disparidades decorrentes, com prejuízos quase que constantes a meninas e crianças da zona rural. Verificou-se ainda que a inclusão de todas as crianças na escola não foi atingida até 31 de dezembro de 2015. De outro modo em 25 de setembro de 2015 aprovou-se a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável, fundada em 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas relacionadas, tendo as bases assentadas sobre os Objetivos do Milênio[407].

Por derradeiro, verifica-se as declarações e normas internacionais recepcionadas pelo Brasil, juntamente com as cúpulas mundiais da infância e os trabalhos decorrentes dos Objetivos do Milênio revelam formas delineadoras para a

---

Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 52.
[406] ONU. http://www.pnud.org.br/ODM2.aspx. Acesso em 04 de abril de 2016.
[407] ONU. http://www.pnud.org.br/ODM2.aspx. Acesso em 04 de abril de 2016.

concretude dos direitos infanto-juvenis, possuindo o condão de articulação internacional em prol destes sujeitos de direitos tão desprezados pelos Estados. Parte-se então para a legislação nacional, conceitos e jurisprudência que podem demonstrar a possibilidade de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil. Parte-se então para a legislação nacional, conceitos e jurisprudência que podem demonstrar a possibilidade de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Capítulo 3

AS NORMAS DE ORIGEM NACIONAL COMO INSTRUMENTOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Este Capítulo dedica-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Lei nº 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e as normas orçamentárias de competência municipal como instrumentos basilares à Efetivação dos Direito Sociais, e em especial, à Educação na Primeira Infância no Brasil e que acaba por ser tema controverso, estabelecido pela omissão estatal e pelo descaso da Sociedade que está mais atenta aos valores materiais que a construção do ser. Por outro lado, se busca visualizar um real Estado Republicano, Democrático de Direito e Social que revela a importância da Educação infantil e a determinação das normas jurídicas como possibilidade de sua devida Efetividade.

3.1 Direitos Infanto-juvenis na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Por certo o alicerce da construção democrática brasileira assenta-se na CRFB/1988, que surgiu como resultado da Assembleia Nacional Constituinte, que funcionou, entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, com a duração de 20 meses. Foi composta pelos membros do Congresso Nacional eleitos em 1986. Sua promulgação teve como expoente maior, Ulysses Guimarães, o qual a chamou de Constituição Cidadã. Para Skidmore um retorno à política aberta requeria uma nova Constituição e partidos políticos livres. A redação da Constituição era uma tarefa para o Congresso e precisou de um ano para redigir a Constituição de 1988, resultado de um dos mais intensos lobbyng da história do Congresso brasileiro. Os lobistas representavam grupos esquerdistas da Igreja, o movimento sindical e a comunidade de direitos humanos foram especialmente ativos[408]. Daí depreende-se a Constituição analítica e voltada essencialmente aos direitos humanos de forma responsável, democrática, buscando no Estado, uma ferramenta para efetivação dos direitos humanos, e em especial no acolhimento amplo, extenso e profícuo dos direitos infanto-juvenis.

---

[408] SKIDMORE, Thomas E. **Uma História do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1998, p. 269.

A CRFB/1988 é o núcleo do ordenamento jurídico nacional, fazendo que toda construção normativa seja feita com fundamento em seu texto. Mas, pode se dizer que quando se fala em Estado constitucional, está a se dizer que é mais um ponto de partida do que um ponto de chegada. É o produto do desenvolvimento constitucional do atual momento histórico [409] .Ela é o marco do processo de reconstrução democrática do Brasil que passa a se constituir em verdadeira pedra fundamental para a validade do ordenamento jurídico, tendo em sua base analítica a especial contemplação à criança e ao adolescente.

Ao visualizar o texto constitucional, os direitos são positivados de forma ampla, e atendem as mais diferentes esferas da Sociedade brasileira, sendo que em muitas proposições à defesa da criança e do adolescente se tornaram fundamentais, estando elencados na Constituição. Assim, a CRFB/1988 é o marco do processo de reconstrução democrática do Brasil que passa a se constituir em verdadeira pedra fundamental para a validade do ordenamento jurídico, tendo em sua base analítica a especial contemplação à criança e ao adolescente.

3.1.1 Direitos Infanto-juvenis nos Princípios Fundamentais da CRFB/1988

Nos princípios fundamentais da CRFB/1988, que são elencados no título I (art. 1º ao 4º[410]), se tem direitos que guarnecem a infância e a juventude. Prova disto é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) que estão assentados e fazem parte do ideário dos princípios político

[409] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra : Almedina, 1998, p. 81.
[410] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 2 e 3. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a Cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.
.

constitucionais, que consiste em ideário da Sociedade e meta dos poderes públicos.

No que se refere aos preceitos dirigidos ao Estado para efetivarem os direitos infanto-juvenis se verifica a importância do princípio republicano e do Federalismo Assimétrico, tratados anteriormente, e presente, no art. 1º e 3º da CRFB/1988. No artigo 1º se vê destacado que o Estado Democrático de Direito se justifica pelo anseio constitucional de assegurar o exercício dos Direitos Sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, pautados na dignidade da pessoa humana, que é o indicativo humanitário para a atuação dos poderes públicos. Já no artigo terceiro, reitera-se o entendimento de que é possível fazer norma jurídica para atender as premissas do desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades sociais e regionais, erradicar a pobreza e promover o bem de todos, inclusive diferenciar normativamente as pessoas.

Assim, observa-se ainda, que de forma complementar, os princípios fundamentais começam a se conectarem com a dignidade da pessoa humana, ao asseverar a promoção do bem de todos, desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária que perpassa pelos caminhos profícuos do Federalismo Assimétrico, que são os substratos que moldam o Estado para atender demandas especiais como as dos direitos das crianças e adolescentes. Para Sarlet[411], a categoria direitos fundamentais “se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”. E quanto ao seu desiderato, Gavião Filho[412] diz que “os direitos fundamentais são direitos subjetivos passíveis de exigibilidade judicial na medida em que são garantidos por normas jurídicas vinculantes. Direito subjetivo, conceitualmente, não é um poder da vontade e nem um interesse juridicamente protegido, mas uma posição jurídica”. E esta posição jurídica dos direitos fundamentais é a verdadeira questão para cumprimento e efetivação dos mesmos.

Necessário destacar, ao finalizar esta parte, que os princípios

[411] SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais,** p. 31.
[412] GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, argumentação e ponderação,** p. 38.

fundamentais são reveladores da importância do princípio republicano e do Federalismo Assimétrico na CRFB/1988. Assim, se vê destacado que o Estado Democrático de Direito se justifica pelo anseio constitucional de assegurar o exercício dos Direitos Sociais e individuais, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça como valores supremos de uma sociedade solidária, pautados na dignidade da pessoa humana, indicativo humanitário para a atuação dos poderes públicos. Já no artigo terceiro, exalta-se o Federalismo Assimétrico em que revela a possibilidade de produção de norma jurídica para atender as premissas do desenvolvimento nacional, reduzir as desigualdades sociais e regionais, erradicar a pobreza e promover o bem de todos, inclusive diferenciar normativamente as pessoas.

3.1.2 Direitos Infanto-juvenis nos Direitos e Garantias Fundamentais da CRFB/1988

Se verifica, de forma geral que na esfera dos direitos humanos, se tornam fundamentais por estarem na CRFB/1988, a 1ª, 2ª e 3ª gerações (linguagem utilizada pela ONU) estão positivadas e presente no texto, nos títulos II (Direitos e Garantias Fundamentais - art. 5º a 17), e nos títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira - art. 170 a 192) e VIII (Da Ordem Social – art. 193 a 232), na verdade, expansões dos Direitos Sociais previstos no art. 6º. Pode-se afirmar que são considerados em virtude da linguagem da ONU, já citados e questionados em capítulo anterior e que se retoma agora, três gerações dos direitos humanos: primeira geração, que compreende os direitos civis e políticos (de liberdade); segunda geração, os Direitos Sociais, econômicos e culturais (de igualdade); terceira geração, que é integrada pelos direitos que transcendem a esfera dos indivíduos (de fraternidade ou solidariedade)[413].

Na esfera dos direitos de 1ª geração, dos direitos civis e políticos estão assegurados à infância e juventude, os direitos previstos no art. 5º e 12 a 17. Necessário, neste momento citar o art. 5º da CRFB/1988[414], tão valorado e exaltado,

[413] PILAU, Newton Cesar. **Teoria Constitucional Moderno-contemporânea e a Positivação dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras**. Passo Fundo/RS : UPF Editora, 2003, p.285.
[414] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 3 e 4. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes(...)49ª Ed. São Paulo :

para afirmar que os direitos infanto-juvenis são recepcionados em sua plenitude não existindo restrição para sua fruição, mesmo que o sujeito de direitos seja estrangeiro ou não residente no país. Claro está também, que existem exceções normativas que podem excluir sua participação, como no caso da propositura de ações judiciais que deverá ser assistido ou representado, ou ainda no caso da ação para àqueles com idade inferior a 16 anos.

Ainda tem-se a proteção constitucional de crianças e adolescente no concernente à nacionalidade (art. 12[415]), aos direitos políticos (art. 14 a 17[416]), inclusive com a possibilidade de voto, a partir dos dezesseis anos e participação em partidos políticos.

No que se refere aos direitos de 2ª geração, Direitos Sociais, econômicos e culturais, estão elencados entre o art. 6º e 11 da CRFB/1988 e são integrantes do arcabouço jurídico que deve proteger crianças e adolescentes, estando presente,

---

Saraiva, 2014, pp. 3 e 4.

[415] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 12. São brasileiros:I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãebrasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; II - naturalizados:a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de trinta anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. (...) § 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.(...) § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional; II - adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária. II - adquirir outra nacionalidade, salvo no casos: a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 5 e 6.

[416] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 8 e 9.

por exemplo, no art. 6º e 7º da CRFB/1988[417] ao asseverar que entre os Direitos Sociais estão, Educação, alimentação, saúde, lazer, segurança, proteção à infância, assim como asseguradas as premissas trabalhistas para o adolescente em condição de trabalho, sem qualquer distinção aos trabalhadores adultos. Sempre que se comenta sobre Direitos Sociais vêm à tona a ideia do trabalho e neste sentido o poder constituinte originário sensibilizando-se com os direitos juvenis para o trabalho, e estabelecendo que o ingresso neste mercado, se dará na condição de aprendizes, a partir de 14 anos, e com liberdade aos dezesseis anos, exceto para atividades noturnas, perigosas ou insalubres, definidas em legislação infraconstitucional, respeitando inclusive tratados internacionais, e nesta tenda, especialmente a convenções da Organização Internacional do Trabalho.

A terceira geração de direitos humanos também se faz presente nos direitos e garantias fundamentais e aparecem quando qualquer destes direitos transcendem a esfera do indivíduo, como por exemplo na defesa do consumidor ou ainda na utilidade da ação civil pública. Como se vê, os Direitos e Garantias Fundamentais da CRFB/1988 amparam os reclames dos direitos da criança e do adolescente. Que, como sujeito de direitos, exigem sua efetivação plena.

Neste norte, se verificou na esfera dos direitos humanos, as gerações (linguagem utilizada pela ONU), divididas em: primeira geração, que compreende os direitos civis e políticos (de liberdade); segunda geração, os Direitos Sociais, econômicos e culturais (de igualdade); terceira geração, que é integrada pelos direitos que transcendem a esfera dos indivíduos (de fraternidade ou solidariedade). Gerações estas que se fazem presentes e exigem a atuação do Estado para sua concretude. Para o tema, foram destacados os direitos econômicos, sociais e culturais, destacados nos art. 6º a 11 e 170 a 232, que representam o ideário para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância.

[417] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social(...)XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 12.

3.1.3 Direitos Infanto-juvenis na Ordem Econômica e Social da CRFB/1988

Na busca de proteção aos direitos infanto-juvenis a CRFB/1988, os títulos VII e VIII (art. 170 a 232), a Ordem Econômica e Social se traduzem em verdadeiro reflexo da dignidade da pessoa humana, protegendo as crianças e adolescentes com amplo leque de direitos.

A Ordem Econômica e Financeira, os princípios gerais da atividade econômica, política urbana, política agrícola, fundiária e da reforma agrária e do sistema financeiro nacional agregam direitos infanto-juvenis, nos termos do art. 170[418].

No que se refere à Ordem Social verifica-se a importância do seguro social, alicerçado no direito à saúde, previdência e assistência social como instrumentos de efetivação dos direitos infanto-juvenis e previstos entre os artigos 194 a 204 da CRFB/1988. No que se refere à assistência social à infância e adolescência são destacadas, como prevê o art. 203[419] da CRFB/1988, que revela a proteção e amparo à infância e adolescência.

Também a Educação, cultura e desporto estabelecidos como direitos nos artigos 205 a 217 são mecanismos de inserção dos direitos infanto-juvenis e se integram de forma especial e relevante ao tema que se propõe discutir neste estudo. Neste sentido, se afirma que as conceituações e obrigações concernentes a gratuidade da Educação por si só, já não bastam, vez que o preceito constitucional, estabelecido no art. 205[420] é claro e objetivo ao afirmar que a Educação deve visar o

---

[418] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 142.

[419] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 213. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 148.

[420] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da

pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da Cidadania e qualificando-a para o trabalho, bem como elevada aos mais altos níveis de Educação.

Para isto, o tema deste trabalho estabelece seu norte aqui, pois se entende que o direito social à educação na primeira infância é uma obrigação objetiva do Estado e não pode ser omitida por aqueles que exercem funções nos poderes públicos, fazendo valer aqui a conceituação plena de Democracia Substancial e do Estado Democrático de Direito e social. Ao examinar o artigo 208[421] da CRFB/1988 percebe-se o dever do Estado em assegurar e garantir tratamento diferenciado às crianças, estabelecendo ainda premissas e construções sólidas de obrigar-se a efetivar o Direito à Educação infantil na primeira infância.

Como se vê, o Direito à Educação na primeira infância para todas as crianças de até três anos é uma obrigação dos poderes públicos e deve ser concedida a todos àqueles que necessitem e que não podem dispor de recursos econômicos para atender esta obrigação pecuniária sem onerar o sustento da família. O preceito constitucional traz a ideia da **universalidade** (grifo nosso) do atendimento, para que se possa fortalecer os laços familiares com a dignidade do trabalho entregue a pai e mãe enquanto seus filhos estão sendo assistidos pelo Estado, quando em escolas de educação infantil. Como este direito ainda não se efetivou, merece portanto, ser o objeto deste trabalho. Destacam-se ainda outras questões relevantes e que nos levam a algumas posições para que se torne efetivo tal clamor das crianças.

---

sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da Cidadania e sua qualificação para o trabalho. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014.p.144.

[421] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em Primeira Infância e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 146.

A primeira delas diz respeito à conceituação estabelecida no caput do artigo 208, ao relatar que o dever do Estado com a Educação será efetivado com a garantia da Educação infantil, em creche (primeira infância) e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Percebe-se, que num mesmo dispositivo constitucional fala-se em dever, efetivação (vaga na escola de educação infantil assegurada) e garantia que foi analisado anteriormente. Transmitem a ideia reiterada de que é algo fundamental para um Estado de Direito que se diz democrático e social. Mas não se concebe que os adultos ao exercitarem os poderes públicos, omitam suas obrigações com as pessoas (crianças), que são na verdade, adultos numa perspectiva futura.

A segunda delas diz respeito ao pacto federativo, com as competências e atribuições determinadas aos entes, como asseverado nos artigos 211 e 212[422]. Com estes artigos pode-se afirmar que o direito social à educação na primeira infância insere-se no contexto educacional, recebendo a colaboração e recursos de todos os entes federativos para cumprimento da garantia do direito constitucional à educação na primeira infância nas escolas, e ainda com a premissa maior que consiste na determinação aos Municípios para que atuem prioritariamente na Educação infantil. Prioridade que não pode ser retórica, prioridade que não pode se perder no tempo e que tem o objetivo primordial da busca da efetivação plena deste direito constitucionalmente garantido formalmente no texto escrito da CRFB/1988 e que deseja ser repleto pela atuação dos poderes públicos.

Sob o mesmo olhar acerca da Ordem Social é possível afirmar que a criança e o adolescente são receptores dos direitos concernentes aos direitos

[422] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 147.

decorrentes dos artigos 218 a 225 [423], que tratam da ciência e tecnologia, comunicação social e meio ambiente.

Porém, para o estudo adequado dos direitos infanto-juvenis se faz necessário abordar um capítulo, dirigido à criança e ao adolescente. Trata-se do capítulo VII que tem como tema a Família, Criança, Adolescente, Jovem e Idoso, presentes no título VIII da CRFB/1988, especialmente, em seus artigos 227, 228 e 229 que aqui serão expostos. Principia-se com o disposto no art. 227[424] onde se determina que a Família, a Sociedade e o Estado têm o dever de assegurar à criança e ao adolescente os seus direitos, e ainda que este dever, colocado no texto constitucional, vincula o Estado ao seu dever jurídico de cumprimento do texto constitucional.

Como se vê, as vinculações do Estado, família e sociedade no trato da questão infanto-juvenil inserem-se como dever constitucional do substrato social e institucional. Existe ainda, um reforço significativo, quando se afirma que deverão ainda ter prioridade absoluta.

Diante destas assertivas do dever constitucional e a da prioridade absoluta abordados, é possível adentrar na questão crucial dos direitos

[423] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.(...) Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. (...) Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios(...)IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. (...)Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.(...) Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.(...) Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.(...) Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 154 a 157.

[424] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 158. 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. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 158.

fundamentais que compreende a nova roupagem dada à criança e ao adolescente pela revelação da doutrina da proteção integral que, assentada no reconhecimento de direitos, considerados especiais e específicos na universalidade de crianças e adolescentes[425].

De forma mais veemente, o Juiz Italiano Paolo Vercelone[426] assevera que esta doutrina revelada pelo legislador, [...] afirma a plena compatibilidade entre os direitos fundamentais e a proteção integral. Deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas dos cidadãos imaturos; estes direitos diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos de todos os cidadãos, se concretiza 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 cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar esta proteção especial. Em força da proteção integral, crianças e adolescente têm o direito de que os adultos façam coisas em favor deles.

Nota-se o avanço constitucional, entretanto apresentam-se mais questões concernentes e referem-se, por exemplo, à assistência integral, condição de acessibilidade e proteção especial das questões infanto-juvenil, como se vê, nos §§ 1º, 2º e 3º, do Art. 227 da CRFB/1988.

No parágrafo 1º do Art. 227[427] insere-se a obrigação estatal de promover assistência integral à saúde da criança e ao adolescente, podendo ainda ter a participação de entidades não governamentais (Ongs, associações, etc.), na tarefa de implementar políticas públicas especiais com as premissas de aplicar percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil, integração

---

[425] ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência**, p. 21.
[426] VERCELONE, Paolo; João Gilberto Lucas Coelho. *In* Cury, Munir; Amaral e Silva, Antônio Fernando; Mendez, Emílio Garcia. Coord. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, p. 18.
[427] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 158-160.

social do adolescente, inclusive com deficientes, bem como na eliminação de obstáculos arquitetônicos ou qualquer forma de discriminação.

No § 2º do art. 227 [428] da CRFB/1988 assegura condição de acessibilidade, já que a lei dispõe sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, garantindo acesso justo às pessoas portadoras de deficiência. Situação esta de suma importância às crianças e adolescente que efetivam sua construção do ser, sem os transtornos da inacessibilidade das cidades.

Outro ponto relevante, diz respeito à proteção especial prevista no § 3º do Art. 227 [429] da CRFB/1988, para o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, quanto à idade para o trabalho, direitos previdenciários e trabalhistas, acesso à escola, reconhecimento pleno como sujeito de direitos na relação processual e atendimento a sua situação peculiar, estímulos fiscais para empresas, subsídios e assistência jurídica para o acolhimento e programas de prevenção e atendimento a dependente de entorpecentes e drogas afins.

Na realidade a proteção especial que crianças e adolescentes receberam no Brasil a partir de 1988, construiu-se no bojo do vigoroso processo de mobilização popular de cunho francamente democratizante e humanitário que pôs fim à ditadura militar e engendrou a Assembleia Nacional Constituinte[430].

Acresce–se a punibilidade contra o abuso, a violência e a exploração

---

[428] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** Art. 227. § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. . 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 158**.**

[429] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227. § 3º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 159.

[430] MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Baureri/SP, Manole, 2003, p. 55.

sexual da criança e do adolescente, destacando no §§ 4º, 5º e 6º do art. 227[431] da CRFB/1988 que a norma estabelecerá punições severas contra o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente, e neste mesma esfera de direitos, específica que na adoção e filiação, destacam-se a assistência do Poder Público e a condição da plenitude da filiação, independente da filiação biológica.

Dando sequência a ordem social, o § 7º do art. 227 da CRFB/1988 remete a questão de atendimento aos direitos fundamentais infanto-juvenis. Destaca-se ainda que no atendimento dos direitos da criança e do adolescente leva-se em consideração o disposto no Art. 204[432] da CRFB/1988, ao determinar que as ações governamentais de assistência social contemplam-se com orçamento da seguridade social, entre outros, com diretrizes voltadas a descentralização político-administrativa, com divisão de atribuições entre União e entes federados. Executam-se estas políticas serão executadas através dos Estados e Municípios, prevendo ainda a participação da população na sua formulação e controle.

Importa ressaltar que o informe constitucional traz indicativos para que se descentralize as ações governamentais, com atuação municipal e de organizações representativas para a eficácia de direitos vinculados à criança e ao adolescente. Vercelone[433] aduz que "aqueles que tomam decisões coletivas que envolvem milhões de crianças (administradores, políticos e àqueles que detêm o poder econômico) – são investidos de responsabilidade para exercitar os direitos fundamentais das crianças em seu lugar". Nesta visão, tem-se a possibilidade de compreender a importância do pacto federativo na tarefa de colocar os poderes

[431] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 227. § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 159.

[432] BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. . 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 144.

[433] VERCELONE, Paolo; João Gilberto Lucas Coelho. *In* Cury, Munir; Amaral e Silva, Antonio Fernando; Mendez, Emílio Garcia. Coord. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, p. 20.

públicos com a forte responsabilidade na proteção e efetivação desses direitos infanto-juvenis propagados aqui. Situação esta que abre horizontes para pensar na responsabilidade dos atores sociais do espaço público local, para que nos planos de ações governamentais possam estar presentes a chamada doutrina da proteção integral e a absoluta prioridade, alavancada no corpo constitucional.

No § 8º do art. 227[434] da CRFB/1988 está afirmado o Estatuto do Jovem e o Plano Nacional da Juventude que visa a atender todos àqueles entre 15 e 29 anos de idade, contemplando assim adolescentes, que foi regulamentado pela lei nº 12852/2013, estabelecendo direitos dos jovens, princípios e diretrizes das políticas públicas de Juventude e o Sistema Nacional de Juventude. Imprescindível destacá-lo porque os adolescentes terão sempre a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente em razão da doutrina da proteção integral, utilizando-se do Estatuto do Jovem somente de forma excepcional, quando não conflitar[435].

Outro ponto constitucional importante trata da imputabilidade de crianças e adolescentes, entendida como cláusula pétrea, intocável inclusive por emendas à Constituição. Hoje para afirmação de direitos fundamentais, jamais se pode negociar a ausência do Estado na tarefa básica de propiciar Educação e segurança por punições penais individuais. E ainda, no entender de Sarlet[436], "todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade, e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva". Importa ainda relatar acerca da obrigação de assistência, criação e Educação de crianças e adolescentes colocando aos pais o dever de criar e educar os filhos menores como afirmado no art. 229[437] da CRFB/1988.

Com esta análise procura-se destacar que os direitos fundamentais

---

[434] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 160. Art. 227.§ 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 160.

[435] BRASIL. **Lei nº 12852/2013 – Estatuto do Jovem**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

[436] SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1998, p. 362.

[437] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 160. Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

elencados na CRFB/1988 podem, com a plena atuação dos poderes públicos, Sociedade e família, tornar efetivos os direitos infanto-juvenis, formando o indivíduo pertencente a esta categoria como verdadeiro sujeito de direitos, e que em especial, tenha efetivado o seu Direito Social à Educação na Primeira Infância. Isto tudo fundado nas declarações internacionais, normas internacionais recepcionadas pelo Brasil e pela CRFB/1988.

3.2 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990)

O Estatuto da Criança e Adolescente, Lei nª 8069 foi sancionado e publicado em 13 de julho de 1990, inserido no ordenamento jurídico brasileiro como norma infraconstitucional, que estabelece a proteção integral a criança e adolescente, compõe-se de 267 artigos, e apresenta sistemática que prevê proteção, prevenção e delineia os deveres pelos quais o Estado, sociedade e família devem se direcionar na abordagem do desenvolvimento da criança e adolescente. Desta maneira se traz artigos importantes para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância contido no Estatuto, para melhor compreensão da norma infraconstitucional de proteção intergral dos direitos infanto-juvenis.

Para o presente tema, o Estatuto da Criança e Adolescente, regulamenta e recepciona os preceitos da CRFB/1988. Já em seu artigo 1º, 2º e 3º[438] expõe a norma como mecanismo de atribuir à criança e ao adolescente proteção integral.

No seu artigo 2º estabelece a divisão de idades assentadas na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, ao afirmar que criança é a pessoa ate 11 anos e adolescentes aqueles entre 12 e 17 anos. Em analise ao Estatuto da Criança e Adolescente, o art. 3º, expressa a doutrina da proteção integral, ao preservar e solidificar direitos fundamentais a população a que é destinada, com a missão de prover o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em

[438] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

condições de igualdades e dignidade respeitadas as diferenças de social e cultural do infanto-juvenil.

Na presente tese, importa afirmar que a prioridade do artigo 4º[439] do Estatuto da Criança e do Adolescente firma premissas dirigidas aos poderes constituídos para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância. Entre elas, vincula a atividade estatal ao dever de prioridade no trato dos direitos infanto-juvenis, sob os prismas da preferência, precedência e privilégio. Por precedência, revela que existe uma hierarquia de serviços públicos a serem prestados pelos poderes constituídos, em que a criança deve ser o ponto central de atendimento. No mesmo sentido, quando os administradores dos poderes públicos formulam seus planos de governos, estão obrigados a atribuir preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas voltadas aos direitos da criança e do adolescente. Fundamental ainda, estabelecer com clareza que é dever inadiável dos administradores públicos, a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, sendo que, o direito social a educação na primeira infância deve ser garantido pelos orçamentos públicos.

O artigo 5º[440] revela o conjunto de direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais, e por si, como já afirmado na presente, devem ser concretizados pelo Estado, família e Sociedade, dentro da perspectiva da capacidade progressiva, enaltecendo assim as forças do princípio republicano que conduz a efetivação dos direitos.

---

[439] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[440] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

A norma que regulamenta os direitos do infanto-juvenil, traz em seu art.7º[441], a imposição de efetivação de políticas sociais públicas que garanta a criança e o adolescente seus direitos fundamentais de desenvolvimento pleno.

Consubstanciado nos direitos fundamentais proferidos na CRFB/88, e na Declaração dos direitos Humanos, prescreve o art.15[442] a referência da criança e do adolescente como pessoas humanas merecedoras de desenvolvimento fundado na garantia dos Direitos Sociais insculpidos na CRFB/1988 e nas normas infraconstitucionais.

Notadamente o direito social à educação na primeira infância está contemplado como dever inafastável e inarredável do Estado em face à esta norma especial, que contempla a criança com a escola infantil entre zero e três anos, afirmada no art. 54[443].

No artigo 86[444] leciona sobre as políticas de atendimentos a Infância e Juventude, que determina a realização de programas assistenciais pelos órgãos institucionais de toda federação, bem como órgãos não governamentais.

De forma ordenada ao respeitar o pacto federativo a União, Estados, Municípios e Distrito Federal tem que criar e manter linhas de ações, construidas de forma integrada e harmônica, voltadas as políticas de atendimento a criança e ao adolescente. Para tanto, desenvolvem políticas sociais básicas e serviços,

---

[441] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[442] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[443] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente.** Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente(...)IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[444] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

programas e projetos garantidores da proteção social, não deixando espaço para a violação de direitos, como visto no art. 87[445].

Quanto ao pacto federativo muito se indaga sobre a responsabilidade dos entes federativos quanto ao cumprimento de políticas em benefício da infância. Por razões óbvias e vinculadas ao aspecto territorial e de contato direto com seus cidadãos, o Município está evidenciado como aquele que tem que executar as políticas de atendimento à infância, nos termos do artigo 88[446] do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Também, estão configuradas as medidas de proteção inseridas no art. 100[447], imprescindíveis para o desenvolvimento da capacidade progressiva da criança e que objetivam o fortalecimento da família dos vínculos em Sociedade. Entre elas, afirmam-se a condição da criança como sujeito de direitos, o dever de proteção integral e prioritária, o interesse superior da criança, e a intervenção estatal

---

[445] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 87. São linhas de ação da política de atendimento:I - políticas sociais básicas; II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências;III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão;IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos;V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente. .http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[446] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento(...)**.**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[447] BRASIL**. Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares; III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada(...); http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

precoce, atuando com Efetividade, quando a criança for vulnerável e, de forma mínima, em razão da atuação subsidiaria do Estado.

Adentrando a esfera de atuação do poder judiciário, em seu art. 148[448] está assentada a Justiça da Infância e da Juventude, que demonstra a necessidade de atender as demandas destes sujeitos de direito, em forma especializada. Tal atuação se reveste de amplitude e destaque, fazendo que suas demandas tenham por parte do judiciário uma atuação moldada aos anseios das demandas infanto-juvenis.

Importante alerta dado ao poder executivo pelo art. 208[449] em que prevê a responsabilidade do ente público quando não oferece, ou tem oferta irregular de serviços destinados a atenção da criança, e, principalmente, quanto ao oferecimento de vagas na primeira infância. Conforme Veronese[450], o art. 208 do Estatuto traz rol enunciativo, servindo-se a tutela de outros interesses não enumerados, aberto as necessidades e transformação da sociedade, observa-se ainda: [...] que praticamente toda a gama de atividades citadas são da competência municipal, com a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União, para casos específicos, conforme o que prescreve o art. 30[451] e incisos V, VI, VII, da CRFB/88. Segundo

[448] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: IV - conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209;(...) V - conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI - aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente;(...). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[449] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular(...) III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

[450] VERONESE. Joseane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis : OAB/SC, 2006, p. 96-97.

[451] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Art. 30. Compete aos Municípios:I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a

este entendimento, a questão da legitimação passiva para as demandas judiciais de responsabilidade por ofensas aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, com o não-oferecimento ou oferta irregular das atividades elencadas, aponta em direção ao Município.

Responsabilidade esta que vincula a autoridade judiciária do local da infração às normas jurídicas que tratam da infância, em que destaca quanto a legitimidade, o caráter concorrencial entre Ministério Público e organizações não governamentais com objeto específico de defesa de direitos e Constituição há mais de um ano. Tal situação revela uma ascendente disposição social em interferir por ação judicial na satisfação dos interesses infantis, nos termos dos artigos 209 e 210[452].

Neste olhar se visualiza que estão constituídos atores sociais que tem responsabilidade pela construção cidadã da criança e do adolescente, assentada na Efetividade de direitos. Assim, o aparelho estatal relaciona inúmeros agentes públicos responsável pela efetivação de proteção integral a criança e ao adolescente. Entre eles, se destacam na esfera do poder executivo municipal, o prefeito e seus agentes da administração pública direta e indireta. Nos legislativos municipais, os vereadores que tem por função legislar em benefício da população e fiscalizar as contas municipais em prol das crianças e dos adolescentes conforme a legislação em vigor e, por último, na esfera dos poderes, o judiciário que deve se tornar atuante nas decisões sobre a proteção integral da infância e juventude.

---

legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014, p. 23.

[452] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 209. As ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, cujo juízo terá competência absoluta para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores. Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público; II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios; III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária. § 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei. Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes. § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil. § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

Entre os poderes constituídos quer se atribuir destaque ao judiciário, que para Wolkmer deve ser buscada a presença efetiva do juiz como ator social na defesa dos interesses da criança e do adolescente. Portanto, a presença do juiz como ator social, o define como aquele que tem por obrigação, desenvolver uma linha racional de decisão que contemple a proteção integral da criança e do adolescente. Exercitando essa postura revelará sua finalidade como "adaptador das regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social" e ainda revela que "compete-lhe alternativamente adequar a satisfação das necessidades fundamentais de novos sujeitos sociais aos recentes pressupostos paradigmáticos de valoração jurídica emancipadora[453]".

Nessa ótica, deve-se buscar um juiz-cidadão, que busque na satisfação dos interesses da infância e da juventude, o real local de sua atividade de operador jurídico principal, estando "mais do que nunca comprometido com o alargamento do espaço democrático da justiça e do direito[454]".

Na esfera das instituições, o Ministério Público possui papel fundamental como ator social na construção democrática do Estado e no atendimento das políticas públicas em benefício de crianças e adolescentes. O texto constitucional já remete ao parquet a responsabilidade pela defesa dos interesses coletivos e difusos. Mas se pode querer mais desta instituição, porque se quer o Ministério Público atuando efetivamente como mão pública, auxiliando de forma educativa e prévia no orçamento municipal, na busca de vagas em escolas de educação infantil, de saúde para todos e principalmente, como formador de opinião na sociedade e como formador de pressão na esfera pública.

No mesmo sentido, se visualiza diversas instituições, públicas ou privadas, que podem atuar em defesa dos direitos da criança e do adolescente e, entre elas, se destacam as universidades, associações, Igrejas, clubes, escolas, ONGs, terceiro setor, sindicatos e outras formas de representação do corpo social que tem sim, obrigações decorrentes do dever de propiciar a crianças e adolescentes a proteção integral propagada nos textos legais.

---

[453] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 172.
[454] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p.173.

Ainda, estes artigos apontam a defesa dos interesses coletivos ou difusos. Veronese[455] declara que é indispensável ter uma definição inicial do significado de interesse que é uma pretensão, que designa uma relação que tem num dos polos o homem, e no outro, um bem – material ou não – capaz de satisfazer uma necessidade humana, como alimentos, saúde, saber, moradia, trabalho, meio ambiente, etc, enfim tudo que diga respeito à existência e à garantia da qualidade de vida. Já, interesses individuais referem-se às pretensões pertencentes a cada ser humano considerado, o qual tem direito à liberdade física ou individual, à liberdade espiritual – de religião, opinião, ou seja, de acesso aos meios que lhe garantam suprir as suas necessidades. Quanto aos interesses coletivos dizem respeito aos interesses pertencentes a uma pluralidade de sujeitos, os quais são passíveis de serem identificados a partir de um vínculo jurídico que os une ou de cada um destes com a parte contrária.

Os interesses difusos por sua vez, tratam de pretensões pertencentes a uma série indeterminada de sujeitos, agrupados em decorrência de situações fáticas. Os interesses difusos são transindividuais, pois ultrapassam a esfera de atuação dos indivíduos singularmente considerados, tem como objeto bem jurídico de natureza indivisível, decorrendo da absoluta incapacidade de determinação dos sujeitos e, quanto à titularidade, os interesses difusos têm como nota caracterizadora a indeterminação do titulares. Neste sentido, os interesses difusos, afirmam-se como comuns a determinados grupos, categorias ou classe de pessoas unidas entre si através de uma relação jurídica base que as congrega entre si ou com a parte contrária, tal qual interesses difusos também são transindividuais. Quanto à questão da indivisibilidade do objeto, nos interesses coletivos ela é relativa, pois mesmo que difícil em alguns casos, é sempre possível a identificação dos membros de um grupo, categoria ou classe de pessoas, ou seja é possível sua determinação.

Diante dessas assertivas, se pode observar aspectos pontuais do desenvolver comunitário local que quer ter, por referência, a proteção integral das políticas públicas voltadas para a infância e juventude, referendado pela educação. Portanto surge a tarefa educacional para os sujeitos de direitos como também para

[455] VERONESE. Joseane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis : OAB/SC, 2006, p. 110-111).

os atores sociais, possibilitando uma mudança de paradigma estrutural do Estado. Isto porque relata a questão dos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos da população infanto-juvenil implica, por conseguinte, no resgate da "questão da tutela jurisdicional por parte da criança e do adolescente na interposição de ações que tenham por objetivo a garantia de seus interesses[456]".

No caso de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância, os legitimados a propor ação judicial poderão utilizar-se em seu objeto, da obrigação de fazer por parte do Município, que deverá apresentar resultado prático de concretude deste direito fundamental, sob pena de ser responsabilizado ainda, em multa diária por descumprimento da decisão judicial. E dentro da lógica jurídica, revela-se que estas multas são revertidas para fundos da infância e juventude, propiciando de forma transversal, atendimento a outras demandas destes sujeitos de direito, como apregoado nos artigos 213[457] e 214 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como se verificou, o Estatuto da Criança e Adolescente é marco na proteção aos direitos da criança e adolescente, acompanhado da CRFB/1988, que institui a doutrina da proteção integral no Brasil. Assim, uma lei nacional afirma que essa categoria de sujeitos tem em seu favor o privilégio, a preferência, a precedência e primazia com absoluta prioridade. Isso é decorrente da nova forma de ser desta República que consolida o Estado Democrático de Direito e Social, onde a construção da cidadã passa irremediavelmente pela dignidade proporcionada à criança e ao adolescente, pela efetivação de seus direitos. Dessa forma se analisou

---

[456] VERONESE. Joseane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis : OAB/SC, 2006, p. 109.

[457] BRASIL. **Lei nº 8069/1990 Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu. § 2º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.§ 1º As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.§ 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 14 de maio de 2015.

a importância de alguns artigos desta norma jurídica que integra o ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 Normas Jurídicas Orçamentárias e o Caráter Diretivo do Direito Social na Primeira Infância

As normas jurídicas orçamentárias possuem um caráter diretivo para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância, vez que se constituem no elemento material de legalidade para a concretude deste direito.

Desta forma, a CRFB/1988 estabeleceu em seu art. 165 os três instrumentos de planejamento da administração pública, interessando para o tema, sua inserção municipal. O Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, e a Lei Orçamentária Anual – LOA, integram, assim, o sistema orçamentário devido aos cidadãos de um ente federado. O PPA tem o condão de impor conduta administrativa sobre o planejamento de médio prazo, enquanto que a LDO e a LOA, o se vinculam as atividades administrativas de curto prazo. A LDO define as metas e as prioridades de um exercício correspondente ao mandato eleitoral, e a LOA é o instrumento através do qual se viabilizam as ações governamentais de forma anual, ou seja, é uma peça de execução. Assim, através da LOA que a Administração tem o dever de realizar o que foi planejado, tendo-se já por perspectiva a consecução de políticas públicas em prol dos direitos da infância[458].

O Plano Plurianual estabelece os objetivos e metas da administração para as despesas de capital, outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. As ações definidas no PPA são traduzidas na LOA, em programas de trabalho específicos, formulados pela administração pública municipal e, que devem atender as demandas municipais[459].

Aspecto importante diz respeito ao princípio da legalidade que respeitado, revela que a criação e expansão de despesa ou aperfeiçoamento da dívida

---

[458] BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009, p. 231.

[459] BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 232.

governamental deverão ser compatíveis com o PPA, com LDO e possuir dotação específica na LOA. Se estas exigências, além da indicação da fonte financeira, não ficarem explícitas no processo de planejamento, as despesas podem ser consideradas irregulares e lesivas ao patrimônio público, impondo responsabilidade ao administrador[460].

Dentro da estrutura normativa orçamentária, verifica-se que a Lei de Diretrizes Orçamentárias foi introduzida pela CRFB/19988, inspirada, em parte, nas Constituições da Alemanha e da França. Entre os seus objetivos, está a função de atribuir natureza formal à Lei Orçamentária Anual, ou seja, é uma lei de orientação na formulação da peça orçamentária, portanto, não se deve tratar de outra matéria que não esteja diretamente ligada à elaboração da proposta orçamentária. Diretrizes estas que estão interligadas, no tema pela CRFB/1198 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente [461].

Botelho[462] afirma que no sistema orçamentário é preciso ter orçamento de execução, com objetivos e resultados a serem alcançados. Na Administração Pública não se pode elaborar orçamentos de sonhos, por isso a Lei de Diretrizes Orçamentárias possui uma importância tão relevante. A LDO é elaborada anualmente e deve ser votada até o fim do primeiro semestre. O Legislativo não entrará em recesso enquanto não aprova-la. Em síntese, se poderia dizer que a LDO estabelece regras gerais para a elaboração do orçamento do exercício seguinte, trazendo então sua relevância em razão da possibilidade de projeção da concretude de direitos de forma antecipada. O projeto de lei da LDO é de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, cujo conteúdo compreende: metas e prioridades da administração; orientação para elaboração da proposta orçamentária; equilíbrio entre receitas e despesas; critérios e forma de limitação de empenho; exigências

---

460 BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 232.

461 BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 237.

462 BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 237.

para transferências de recursos a entidades públicas e privadas; apresentação do Anexo de Metas Fiscais, estabelecendo as metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas às receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública para os três próximos exercícios, que servirá de base para as audiências públicas, que são instrumentos efetivos da participação direta do cidadão nas demandas municipais, conforme disposto no § 4º do art. 9º da Lei Complementar 101, de 04.05.2000.

A audiência pública é ferramenta administrativa colocada à disposição dos órgãos públicos para, dentro de sua área de atuação, promover comunicação com a Sociedade, com o objetivo central de buscar alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante. É utilizada ainda como instrumento para colheita de mais informações ou provas (depoimentos, opiniões de especialistas, documentos, etc) sobre determinados fatos. Durante sua realização, são apresentadas propostas e críticas estabelecidas pelos presentes. Esclareça-se que nas audiências públicas, os órgãos públicos não se submetem à vontade da sociedade, mas estão abertos para ouvir a todos e também colaborar em na busca de uma solução que traga menos traumas[463]. Nota-se que audiência pública constitui uma importante contribuição para a passagem de uma Democracia representativa para uma Democracia participativa. A primeira depositava toda a responsabilidade que deriva do exercício do governo exclusivamente na parcela da sociedade integrada pelos governantes; os governados ficam num tipo de posição passiva, de meros espectadores, carentes da capacidade de iniciativa, controle ou decisão. Já a audiência trata de tirar os governados da letargia e de levá-los a tomar responsabilidades, a assumir um papel que deles exige protagonismo e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade.

As audiências não só te servido como resposta aos reclamos dos cidadãos como também permitem que as autoridades melhorem a qualidade da gestão pública. Como ponto referencial das audiências públicas em relação aos direitos infanto-juvenis, se faz jus, uma atividade pré-violadora, com participação das organizações não governamentais, dos membros do Ministério Público, dos

[463] CÉSAR, João Batista Martins. **A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. RVMD,** Brasília, v. 5, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2011. p. 356.

vereadores e do juiz da Infância e da juventude exigindo que se destrua a latente vontade de prefeitos que não tenham por objeto implementar políticas públicas em prol da infância com precedência, primazia, prioridade e privilégio [464].

Assim, se terá normas orçamentárias que possuem grau de interdependência, em que estão trabalhadas de forma harmoniosa, equilibrada e voltadas ao interesse social. Assim, a Lei Orçamentária Anual deverá demonstrar compatibilidade com o Plano Plurianual – PPA, e atender a todas as exigências estabelecidas pela LDO. A articulação entre os três planos orçamentários é regra essencial da firme conduta da Administração Municipal. Neste olhar, para se ter certeza e convicção de uma boa administração republicana, que atende aos anseios do estados democráticos de direito e social, a criação, expansão ou aprimoramento da ação governamental, deverá o administrador emitir declaração formal de que as novas despesas estão compatibilizadas nas três instâncias básicas do processo orçamentário: no PPA, na LDO e na LOA[465].

No aspecto formal, e em respeito ao princípio da legalidade, a elaboração da proposta orçamentária inicia-se após a sanção da LDO. O prazo para envio ao Poder Legislativo é de até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e deverá ser devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa, insculpida na Lei Orgânica Municipal. Portanto, se a Lei Orgânica não dispuser de outra data, a proposta orçamentária deverá ser protocolada na Câmara Municipal de Vereadores até 30 de agosto[466].

Embora se discutam e critiquem os cargos *ad nutum*, em razão da capacidade profissional, estes poderiam ser utilizados para o bem da Sociedade, já que a Lei Orçamentária deve obedecer rigorosamente à estrutura organizacional do Município. A criação de um bom plano de contas é essencial para o sucesso da Administração. Para não correr o risco de contrair despesas que não possuam

---

[464] MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério público, compromisso de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. p. 347.

[465] BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 237.

[466] BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 247.

dotações orçamentárias ou valores orçamentários insuficientes, o trabalho de planejamento deve ser confiado a uma comissão especial, designada pelo Administrador, composta por profissionais que possuam vasto conhecimento de Administração Pública[467].

Quando o Município adotar o orçamento com participação popular, fruto das audiências públicas e indicativos de demandas sociais elaboradas por petições dos cidadãos ou indicativos de requerimentos de vereadores, Ministério Público, juiz da Infância e da Juventude ou organizações não governamentais, com regulamento que disciplina o seu funcionamento. Ainda deverá tomar algumas providências, tais como[468]: definir a fonte e os valores dos recursos que serão disponibilizados para os programas do orçamento popular; critérios de participação; prioridades e metas; prazos para apresentação das propostas.

Verificados os preceitos que instrumentam as normas orçamentárias é possível afirmar a responsabilidade civil estatal quando não cumpridas às obrigações estabelecidas pela CRFB/1988, Estatuto da Criança e do Adolescente e normas orçamentárias decorrentes da obrigação de entregar vaga na escola de educação infantil para a primeira infância. Isto, decorrrente da obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável[469]. Bem se sabe que ao administrador público cabe desempenhar, a tempo, as atribuições do cargo, função ou emprego público, de que é titular. As competências do cargo, função ou emprego público devem ser exercidas na sua plenitude e no momento legal.

Não se satisfaz o direito com o desempenho incompleto ou a deste tempo da competência e, pior ainda, com a omissão da autoridade. Não se aceita a possibilidade, sequer, de o agente público praticar intempestivamente atos de sua

---

[467] BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. pp. 247-248

[468] BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009. p. 248.

[469] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.p. 104.

competência quando ocorre a oportunidade para agir, como se não entende que só se desincumba de parte de sua obrigação ou abstenha em relação a essa obrigação. Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade[470]. Em síntese não se abre espaço para a cláusula da reserva do possível ou para discussão sobre normas programática quando se trata de Efetividade do Direito Social na Primeira Infância no Brasil, como será demonstrado em capítulo seguinte, na decisão do Supremo Tribunal Federal que assevera a obrigção estatal municipal, sem qualquer reparo.

[470] GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.p. 150.

CAPÍTULO 4

A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA NO BRASIL

A busca de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil permeia uma atuação comprometida da Família, da Sociedade e do Estado. Para tanto, se visualizará a criança como sujeito de direitos e a necessidade de um conceito sólido de educação aplicáveis em teorias educativas associadas ao liberalismo, protecionismo e protecionismo renovado. Buscar-se-á ainda, apontar conceitos vinculados a causa infantil como a doutrina da proteção integral e interesse superior da criança com o objetivo de buscar guarida plena ao exercício dos direitos.

Ademais, se estebelecerá as premissas de Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância tendo por referência as possibilidades de superação das gerações ou dimensões de direitos humanos por uma concepção de Direitos Humanos Emergentes, inserindo numa perspectiva de ruptura conceitual que se revelará como Cidadania Cosmopolita.

No contexto da atuação interna dos Estados, observar-se-á a atuação exemplar da Espanha no trato da primeira infância, com atuação efetiva dos poderes públicos, inclusive com o estabelecimento de critérios para fruição destes direitos assentados na equidade. Na esfera brasileira, colecionou-se decisão do Supremo Tribunal Federal em que traz o Direito Social à Primeira Infância no Brasil como prerrogativa constitucional, na qual não podem entes federativos omitir sua aplicação, ao apontar ainda, a responsabilidade do Município em tornar efetivo tal direito.

4.1 A Criança como Sujeito de Direitos desde o Nascimento (Direito Social à Educação na Primeira Infância)

Tem-se a Educação, como marco teórico na presente tese, em razão do tema estar ligado a primeira infância desde o nascimento. Não se pode aceitar que a criança, como sujeito de direitos, tenha logo ao início de sua existência o descaso estatal, sendo recepcionada pelo Estado, quando busca a Educação na Primeira

Infância, por um cadastro e fila de espera. Esta situação, na verdade, corresponde a prática existencial dos adultos, injusta tal conduta com aqueles seres que desde o nascimento esperam por uma Educação digna. Para este trabalho, os valores decorrentes da Educação são apontados por Ignacio Campoy Cerverá. Assim, o próprio termo Educação tem significado e deve ser entendida como

> un proceso en el que niño es el sujeto pasivo que será manipulado por los sujectos activos pertinentes, sus educadores (que pueden ser los padres, los maestros, los representantes del grupo social, etc.), para que pueda desarrollar esas cualidades y, así, vaya asumiendo también los valores del grupo conforme a los que se le está formando. Es una educación , pues, que proviene toda desde fuera de la persona, en la que el niño debe ser guiado y formado a los valores predominantes en el grupo social en el que vive de manera que éstos terminen por constituir su personalidad como adulto[471].

Ademais, pode-se ter as premissas estabelecidas por Marshall ao dizer que o Direito à Educação é um direito social de Cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança freqüentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto em ser educado, e educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil[472].

A concepção de criança aparece no século XVII, com o renascimento, sendo esta compreendida pela função social da Educação para a formação de adultos. Ainda, é de se pensar, com relação à educação que “es esencial prestar una atención adecuada a la enseñanza para reforzar la autonomia de los niños e adolescentes con el fin de que puedan desempeñar un papel o activo en la sociedad y contribuir plenamente al progreso de las sociedades en las que viven[473].

A função social da Educação é um elemento que auxilia na tarefa de justificar sua prática desde o nascimento, justamente porque a maioria das Sociedades pensa que a Educação deve formar pessoas de maneira a conseguirem desenvolver suas qualidades, capazes de exercitarem adequadamente suas funções no futuro. E para esta formação, o aproveitamento máximo da infância serve para a

---

[471] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, pp.225-226.
[472] MARSHALL. T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro : Editora Zahar, 1967, p. 73.
[473] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Garay, Juan. La política de la Unión Europea en la defensa de los derechos de la infancia en el mundo Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 427

imposição de valores, conhecimentos e habilidades essenciais para formar o futuro adulto, sendo na verdade, considerada, a Educação na infância, como uma espécie de “contrarreloj, una lucha contra el tiempo y(...) se ha de aprovechar esse período de la minoria de edad para conseguir que el niño desarrolle las cualidades físicas, intelectuales y morales que los adultos consideren pertinentes, aquéllas que, según las estimaciones del grupo social dominante, le harán ser un miembro apto para desempeñar las funciones que habrá de ejercitar el futuro[474]”.

Educação corresponde a Direitos Sociais, que por sua vez, “se entienden como un conjunto de prestaciones que el Estado debe realizar a favor de los individuos para que estos puedan concurrir en el proceso político en condiciones de igualdad”[475].

No que tange à responsabilidade do Estado, é dever deste, garantir a todos a Educação na infância, quer por recursos próprios e exclusivos decorrentes de seus orçamentos, para aqueles que não tiverem condições de pagá-lo, como normatizar e regulamentar a atividade educacional na primeira infância para a iniciativa privada, fazendo que sua Efetividade seja plena. Com isto revela-se o cumprimento de deveres correlativos aos Direitos Sociais à Educação na Primeira Infância, ao cumprir com os preceitos de igualdade propagados pelos Estados Democráticos de Direito e Sociais. Ao agir desta forma, não permite nenhuma discriminação ao Direito à Educação das crianças, e confere assim relevância jurídica as circunstâncias pessoais que possam dificultar a satisfação do Direito à Educação[476].

As normas jurídicas elaboradas para a infância se revestem de especificidade, caracterizando-as como de “*Double Standard*”, que consiste na divisão de idades para alcance das mesmas. No caso brasileiro, a criança é aquela que tem de zero a onze anos de idade e o adolescente, de doze a dezessete anos de idade. Este sistema advém das práticas sociais e encontra nas normas jurídicas,

---

[474] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.224-225.
[475] RUIZ,Ramon in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Republicanismo cívico, libertad, derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 243.
[476] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.1017.

onde se estabelecem direitos para adultos e direitos para crianças, sendo que “los derechos de los adultos, principalmente les proporcionan las oportunidades para ejercitar sus poderes; los derechos de los niños principalmente les proporcionan protección y los mantienen bajo el control de los adultos[477].

Decorrente deste processo de divisão de idades, a Primeira Infância ocorre de zero a três anos; a infância propriamente dita, de quatro a treze anos e a adolescência de treze a dezessete. Revelam-se assim grupos de idades que possuem características diferentes e merecem a criação e aplicação da norma de forma distinta. Para os liberalistas, este critério seria fruto da arbitrariedade dos adultos[478]. No caso do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil, os aportes deste, se referem à Primeira Infância, especificamente de zero a três anos, para o ingresso em escola de educação infantil, e aos quatro anos, o ingresso na pré-escola.

Tratava-se do Direito à Educação em escola de educação infantil, notadamente fala-se de direitos fundamentais, definidos por Cerverá como

> los instrumentos político-jurídicos idoneos para que las personas puedan diseñar sus planes de vida y actuar para su efectiva concecución, es decir para las personas puedan conseguir en la mayor medida posible el libre desarrollo de su personalidad; y conforme a ello, entender que el objetivo último para la sociedad sería que “el mayor número de personas posibles desarrolle al máximo posible el plan de vida que cada uno de ellos individualmente se haya dado. Entonces hay que entender que el desarrollo de los distintos planes de vida al máximo nivel posible, supone un fin para todas las personas, para los adultos e igualmente para los niños; y del mismo modo, que toda restricción en la libertad que este justificada conforme a alguno de los valores anteriores, lo habrá de ser igualmente para adultos que para niños[479].

E se efetivo o Direito à Educação na primeira infância, se visualizará que a criança exercite esse direito fundamental e permite a consecução do livre desenvolvimento da personalidade do seu titular como também contribuir para que o maior número de pessoas desenvolva ao máximo possível, suas diferentes personalidades[480]. Parte-se então, para as teorias educativas do Protecionismo,

---

[477] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.936.
[478] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.949-950.
[479] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.981.
[480] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de**

Liberalismo e Protecionismo Renovado.

4.2 O Protecionismo, o Liberalismo e o Protecionismo Renovado

Analisa-se, a partir de agora, a Educação sob as vertentes do protecionismo tradicional, do liberacionismo e do protecionismo renovado, implementado na Convenção dos Direitos da Criança de 1989. O protecionismo tradicional da época foi caracterizado por quatro notas e tem como essencial, o elemento comum, a Educação. Através desta consegue-se, sem dúvida formar o adulto pretendido nos termos dos valores elaborados pela Sociedade, e assim assumir sua própria personalidade. Para tanto, a primeira nota se refere a vinculação da Educação e funções estatais que devem proporcionar o desenvolvimento do futuro adulto; a segunda destaca a necessidade de aproveitar ao máximo o período de criança para a formação do futuro adulto; a terceira, a consideração de que a Educação tem que ser realizada, apesar na natureza da criança; e a quarta, a preponderante aceitação do critério de eficácia para a eleição dos meios para atingir os fins propostos pela Educação[481].

As lições propostas por Cervera na construção efetiva dos direitos da criança, estando em escolas na primeira infância, perpassa teorias elaborados por Locke, com o modelo protecionista e, depois, pelo Protecionismo Renovado e Rousseau, pelo modelo liberacionista.

O modelo protecionista, proposto por Locke, no século XVII, revela que a criança é um ser imperfeito, que somente alcançará amadurecimento e perfeição quando por adulta[482]. A característica fundamental deste modelo esta assenta-se na ideia do desenvolvimento adequado da razão, “por lo que la niñes, en la que se parte de la ausencia de cualquier conocimiento, se convierte en un estado de imperfeción, del que se irá saliendo paulatinamente, según de vaya adquiriendo conocimientos y desarrollaando la razón, hasta llegar al estado de perfección que sólo se alcanza con la adultez”[483]. No protecionismo o conceito de criança é

Reconocimiento y Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.1014.

[481] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.195-196.

[482] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.280.

[483] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de**

representado pela imperfeição, incapacidade e vulnerabilidade[484].

O Protecionismo Renovado, que apareceu nas últimas décadas do século XX, considera o atendimento da pessoa deve ocorrer em todas as fases de sua vida.[485] E faz-se necessário não tratar as crianças como membros de um mesmo grupo, porque suas diferenças são relevantes e devem resultar transcendentes. Assim, o atendimento deve-se fazê-lo conforme o nível individual de conhecimento de cada criança, pois o processo de evolução ocorre durante toda fase de criança tendo, quando passa de uma imatura racionalidade, impossibilidade de fala e falta de experiências, na Primeira Infância, a uma grande maturidade racional e com aquisição de experiências na adolescência, bem como o estabelecimento de limites de idades para a assunção de direitos e deveres [486] .Como se verifica, no protecionismo ocorre uma negação quanto as opiniões da criança enquanto que no Protecionismo Renovado, as opiniões representam importante elemento para determinar o melhor interesse da criança.

No aspecto educacional, ambas as teorias defender a Educação mínima obrigatória para todas as crianças, sendo que no

> proteccionismo “renovado” a la construcción del Estado social de Derecho, se observa como ambas as ideas adquieren un significado diferente en dichos planteamientos y modelo de Estado. Es conforme con el Estado social de Derecho, el reconocimiento como objetivo básico de la educación el máximo desarrollo de las capacidades y potencialidades del menor, con la pretensión última de conseguir el desarrollo de su plena personalidad. (...) Ahora, a través de un fuerte control del Estado, se garantizará que el menor recibe unos contenidos educativos básicos y una formación conforme a unos determinados valores, pues ambos se consideran necesarios para que se pueda dar ese pleno desarrollo de su personalidad en la sociedad en la que vive. Por otra parte, también se puede constatar que pretensión de una educación mínima obligatoria tiene su plasmación jurídica práctica en su reconocimiento como derecho de todos los niños a la educación básica obligatória. Siendo éste uno de los derechos que conforman la nueva categoria de derechos fundamentales que se reconoce en ese modelo político de Estado social e Derecho, los derechos económicos, sociales y culturales, y siendo su imposición garantizada por el modelo intervencionista que supone este Estado[487].

Reconocimiento y Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p. 281.
[484] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.427.
[485] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.441.
[486] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.443-444.
[487] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de**

Como se percebe, as ideias básicas do Protecionismo Renovado estão conforme a instauração do Estado Social de Direito, que aponta para um novo modelo de Sociedade e Cidadania. Esta identificação é resultado da concepção de Peces-Barba de que o modelo de Sociedade surge com a construção do Estado social de Direito, e forma-se atendendo a especial configuração de quatro valores básicos, que representam o trânsito à modernidade da ética pública: "la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidariedad, con el predomínio de la libertad pero con la necesaria participación de los otros tres. Y conforme a ello, el ciudadano de esa sociedad ha de recibir una educación que tendrá como uno de sus fines principales el hacerle partícipe de esos valores, es decir, que ya de niño los vaya asumiendo como propios al asimilarlos como justos"[488].

Por outra trilha, Rousseau apresenta o modelo liberacionista assentado no livro Emilio ou da Educação, utilizado nas décadas de sessenta e setenta do século XX, na Inglaterra e Estados Unidos, que representa "el comienzo de uma nueva forma de educar a los niños , que, pese a haber tenido distintas denominaciones, podemos identificar como "educación progresista" [489] . Neste modelo pretende-se que a criança desenvolva adequadamente suas capacidades conforme, mas com a necessidade de ter uma atenção centrada em todos os momentos de sua vida. Desta maneira Rousseau assinala outro caminho para a consecução da transformação que sua teoria propõe,

> en la concepción del niño y, consecuentemente, en el trato que se les habría de proporcionar; exponiendo, con una seriedad y un rigor que hasta entonces no se había producido realmente, la necesidad de considerar (y atender , en el trato debido al niño) las auténticas cualidades y capacidades que se puedan predicar del niño encuanto tal. No solamente para el proceso educativo, sino en general para el entendimiento, y la regulación, de todas las matérias que afecten los niños", así como para la compreensión de la autentica naturaleza del hombre, elemento esencial en todo el pensamiento rousseauniano[490].

Importa ainda revelar que a criança, no modelo liberacionista, quando pronta, é capaz de manifestar seus interesses em juízo, sendo muito mais hábil

---

Reconocimiento y Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p 523.
[488] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.525.
[489] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p.603-604.
[490] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p. 618-619.

sendo muito mais capaz do que se pensa [491]. E quanto a Educação, “si tradicionalmente se había puesto un particular énfasis en determinar como debía ser educado el niño a fin de conseguir formar un determinado tipo de ciudadano o de persona, ahora se quiere denunciar esa educación como una forma de someter al niño. De esta manera, se entiende que si se quiere liberar al niño, no basta con liberarlo del gobierno de los padres, sino que ha que liberarlo igualmente de la opresión de la sociedad, que actúa, sutil pero eficazmente, a través de la educación[492]”. Por fim, este modelo considera que a normatização dividindo idades se manifesta como clara arbitrariedade.

Denota-se que a doutrina vinculada a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil é a do protecionismo renovado que atende as premissas republicanas do Estado Demorático e Social de Direito em que o Brasil se insere normativamente.

4.3 Vetores Basilares e Conceituais de Efetividade dos Direitos Infanto-juvenis no Estatuto da Criança e do Adolescente

Como existe estatuto próprio, decorrente de lei especial, ampliam-se as conceituações com relação aos direitos da criança e do adolescente, valorando a Lei nº 8069/1990 que é seu referencial, se constituindo em Estatuto da Criança e do Adolescente. Nela estão inserem-se a doutrina da proteção integral, o Double Standard, o melhor interesse da criança, a absoluta prioridade e negligência e omissão aos direitos fundamentais expressos também na CRFB/1988.

Informa-se que no Brasil, o direito da criança e do adolescente tem sua origem a partir dos movimentos sociais descontentes com a situação da criança e do adolescente brasileiros. Sempre tiveram seus interesses e anseios desrespeitados, tornando a fruição de sua Cidadania algo inatingível. Com este quadro, surge no cenário normativo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 e as normas orçamentárias que vieram para atribuir às crianças e adolescentes uma possibilidade de Cidadania

[491] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p. 848.
[492] CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y** Protección. Madrid : Dykinson, 2006, p. 858.

se seus direitos forem efetivos. Neste sentido, as proteções normativas revelam dois fortes pilares indissociáveis, destes: a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e a afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento[493].

Se o ordenamento jurídico é um instrumento republicano a favor das Democracias sociais e de direito, deve atender os anseios da evolução de sua Sociedade. Quando as normas são produzidas representam a possibilidade de efetivar direitos e, no caso, o direito social à educação na primeira infância, justifica-se por si, a importância de compreender que a criança necessita de uma proteção legal especial. Quando da formulação da norma jurídica deve se levar em conta de que os poderes públicos estão atentos ao conteúdo, com o dever de irradiar, no contexto social, uma aplicação que contemple o ideário destacado[494]. Neste sentido, se faz reveladora a representação e significação da criança perante as normas de direito internacional, um indiciador representativo do melhor que se pode ter agora e para o futuro. Protege-se ainda tendo que estar contra todas as situações que impedem sua expansão harmoniosa, considerada numa gama de Efetividade de direitos em seu favor, inseridas, desta maneira, no ordenamento nacional[495].

De outro modo, é fundamental atribuir significado a causa da infância, pelo caminhar de maior visibilidade social que tem provocado a transformação da opinião pública em geral e uma tomada de consciência "acerca de su papel em la sociedad como sujetos activos, con capacidad de intervenir en el proceso de desarrollo y participar sobre su entorno y cambiarlo, siendo componentes para este ejercício, con las únicas limitaciones que la edad le determina[496]".

O problema que se enfrenta na Sociedade, com relação a possibilidade de Efetividade dos direitos infanto-juvenis, passa pela forma de ser desta em que o isolamento e a solidão se revelam de forma a compreender que a dita pós

---

[493] VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006. p.7.
[494] MAGDALENA, Enrique Miret. **La Adopcion y la Guarda y Custodia. Su Marco Legal: Presente e Futuro. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 43.
[495] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 49.
[496] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Marín, Maria Carmen Puyó. El Observatorio de Infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 270.

modernidade encerra um contexto de falsa comunidade[497]. E em razão disto compreende-se porque parcela da sociedade não se ocupa ou desenvolve práticas que procurem abordem a temática infanto-juvenil, revelando a postura de não exercitar a tarefa de defensores destes direitos.

E mais, quando a referência for a criança e adolescente trata-se de pessoas em pleno processo de formação e desenvolvimento e passam a moldar a própria identidade durante o processo "a medida que madura su sentido crítico. Ellos deben ser los protagonistas y los autores de su propia identidad, sin olvidar que ésta también está ligada a las personas que les rodean y a las oportunidades que tienen[498]".

Atribuir à criança proteção legal especial é assumir que "los hombres como miembros de una comunidad desconocen o carecen de prácticas y normas de respeto a los Derechos de sus propios congeneres, niños aún, pero adultos y artífices del futuro de los pueblos[499]".

Veronese[500] conceitua o Direito da Criança e do Adolescente como o ramo do Direito que se ocupa em garantir os direitos fundamentais de toda criança e adolescente, compreendidos como pessoa humana, em processo de desenvolvimento, numa esfera de prioridade absoluta, conforme previsão constitucional e infraconstitucional. Conceituado o direito da criança e do adolescente é necessário explicar o porque da diferenciação entre criança, adolescente e adultos, sendo que "el niño se diferencia por una situación de debilidad particular, tanto a nível físico como a nível intelectual o moral, a causa de su edad que le hace beneficiarse del derecho a una protección especial, pero que, al mismo tiempo, le impede acceder a todos los derechos del hombre. Esta debilidad

---

[497] MAGDALENA, Enrique Miret. **El Niño Antes que Los Padres. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 15.

[498] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Alcaide, Carlos Villagrasa. Reflexiones em torno a la aplicación internaiconal de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el Derecho de Participación: las pautas marcadas em los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia *in* **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 73.

[499] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 22.

[500] VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006. p.11

desemboca sobre la necesidad de seguridad que siente el niño[501]".

Num pensar sobre os direitos da criança e do adolescente, verifica-se a interdisciplinaridade, constituindo-se em ramo do direito advindo dos tratados internacionais e na típica produção de normas internas que parte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e reflexionando nas relações do direito civil, penal, trabalhista, processual e, ainda, com outras leis como, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional[502].

Destaca-se o princípio da Proteção Jurídica, dado pela CRFB/1988, tratados Internacionais e normas infraconstitucionais. Este princípio com relação a matéria de proteção aos direitos infanto-juvenis, as administrações públicas "deberán estar guiadas por el principio de subsidiaridad progresiva respecto de las oligaciones legales de padres e tutores, el alcance e intensividad de las actuaciones administrativas de protección dependerá del grado de desantención que padezca el menor[503]".

Quando trata da questão acerca do status jurídico das crianças e adolescente, é imperioso destacar que são sujeito de direitos exercitando sua existência de forma plena. Porém diante das suas incapacidades para efetivação dos direitos, necessita de ações qualificadas daqueles que os representam ou assistem. E esta falta de capacidade de "obrar de los menores para ejercer todos sus derechos ni implica uma mermoa de la aficacia de los mismos. Esta falta de capacidad de obrar supone simplemente que, em muchos casos, los menores deberán hacer efectivos sus derechos a través de um tercero cualificado por su posición de garante o protector, ya sean padres, tutores o autoridades públicas[504]".

Contemporaneamente, não se pode deixar de reconhecer a criança e adolescente como sujeitos de direitos, nos termos das normas jurídicas vigente de

---

[501] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.
[502] VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006. p.7-8
[503] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 123.
[504] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 94.

um País, e “tienen legalmente la consideración de personas y como tales deben ser tratados; es decir, como personas singulares, únicas, libres, como sujetos de los derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil[505]”.

Num outro olhar sobre os direitos da criança e do adolescente, verifica-se uma capacidade progressiva para efetivar seus direitos, as vezes dependente inclusive da boa atuação das autoridades públicas. Porém, não se deixa de dar importância pois são sujeitos de direitos, considerados como “sujetos ativos y participativos, com capacidad progresiva para protagonizar su propia existência, para decidir sobre sus necesidades[506]”.

Faz-se necessário distinguir a capacidade para ser titular de direitos e a capacidade para o exercício de direitos, pois o que “nos lleva a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Así, mientras la primera supone la capacidad para ser titular de derechos, la segunda se refiere a la capacidad para ejercitalos por sí mismo sin necesidad de un representante; plena capacidad de obrar que, de forma general, se vincula a la mayoría de edad[507]”. A diferença quanto à titularidade de direitos está no fato de que os maiores possuem capacidade plena para exercitá-los enquanto que crianças e adolescentes carecem da plena capacidade de exercitá-los por serem pessoas em desenvolvimento. Por isto, a titularidade de crianças e adolescentes “és progresiva en su ejercicio, ja que en muchos casos se requiere la intervensión de las personas responsables de su cuidado, asistencia y representación, quiene deberán actuar siempre en interés del menor[508]”

Importante fator para Efetividade dos direitos da criança e do adolescente reside no fato de que os mesmos tem direito a proteção e garantia em razão de sua família, sociedade e Estado. Se a família é a que suporta forte gama de direitos juntamente com a sociedade, é certo que a administração pública é a que tem o

[505] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 94.
[506] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 94.
[507] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 96.
[508] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 97.

dever de salvaguardar partes dos direitos diante da capacidade progressiva para o efetivo exercício. Assim, “La actuación de Las Administraciones públicas en materia de protección de menores debe tener un carácter flexible. Esto es, en cada caso las medidas de protección debrán adaptarse a las cambiantes circunstancias del menor e su família[509].

O ponto central no trato dos direitos infanto-juvenis situa-se na doutrina da proteção integral que é reconhecida na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no art. 227, que declara os direitos especiais da criança e do adolescente, como o da 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, os quais devem ser garantidos pela família, pelo Estado e pela Sociedade. Esta concepção constitui a doutrina da proteção integral, a qual foi integralmente absorvida e integrada de forma plena pelo Estatuto da Criança e do Adolescente[510]. Notadamente a doutrina da proteção integral se traduz por tarefa do Estado, sociedade e família que devem se comunicar por mecanismos de educação social e por procedimento jurisdicionais e práticas que realmente tornem efetivo os direitos infanto-juvenis. Premissa constitucional e democrática a ser seguida e desenvolvida pelos atores sociais do espaço público que atuam na esfera local. Esta concepção constitui a doutrina da proteção integral, a qual foi agasalhada de forma plena pelo artigo 1º[511] do Estatuto da Criança e do Adolescente[512].

No que se refere às normas jurídicas de especial proteção a criança e ao adolescente, se justificam ao “asumir que la infancia necesita de uma protección legal especial, significa que los hombres como miembros de una comunidad desconocen o carecen de prácticas y normas de respeto a los Derechos de sus propios congêneres, niños aún, pero adultos y artífices del futuro de los pueblos[513]”. E esta proteção especial tem por objeto(...)”preservar su porvenir. El objetivo es

[509] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 124.
[510] VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 8
[511] BRASIL. **Lei nº 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069 Acesso em 22 de julho de 2015.
[512] VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 8
[513] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 22.

velar por el desarollo sano y normal del niño a nível físico, moral e social. Los derechos expresamente otorgado al niño no constiuyen más que uma pequeña parte de la atención necesitada por él y deben de ser interpretados en un sentido más amplio[514]".

Quando se examina as atividades da administração pública se percebe que as prerrogativas constitucionais não podem ser esquecidas, ou não utilizadas de forma prática. Se por um lado servem para o exercício do poder e permanência na esfera administrativa, por outro revela a força normativa que deve ter uma prerrogativa constitucional. Desta forma a atividade das "administraciones públicas en materia de protección de menores pone de relieve que atúan como poder público. Esto es, investidas de la tradicionales prerrogativas que el Ordenamiento les atrybuen para servir el interés general, en esto caso la protección de la infancia y del interés superior de los menores[515]".

Imprescindível reflexionar sobre as razões do investimento na infância associadas integralmente a estes serviços, destinados à primeira infância, como estímulo no desenvolvimento emocional, físico e verbal da criança, relevantes para crianças vulneráveis. Assim desenvolvem suas capacidades e aproveitam a escola desde o primeiro dia. Para tanto, "invertir en los servicios a la primera infancia contribuye a reducir la discriminación, la desigualdad y la marginación y, a su vez, puede ayudar a romper la cadena de transmisión de la pobreza de una generación o outra[516]".

Como relata a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 recepcionada pelo Brasil, em seu art. 2.1[517] juntamente com o Art. 3º da CRFB/1988 se assevera que o alcance de proteção à criança e adolescente no Brasil será pleno,

---

[514] GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.

[515] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 18

[516] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Pais, Marta Santos. El bienestar de la infancia em los países más desarollados *in* **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 96.

[517] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 2.1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htmAcesso em 25 de abril de 2016.

desde que a criança ou adolescente esteja no território brasileiro, reservados os casos de a esfera particular, quando por sua família tem que agir para salvaguardar alguns direitos. Ainda, o art. 226 relata a teoria da Doutrina da Proteção Integral que ratifica os termos propostos, aderindo ainda o estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, que consubstancia e incrementa a norma jurídica constitucional e internacional com o objetivo de tornar efetivos os direitos infanto-juvenis.

Nos dias atuais, o princípio da prioridade leva em conta o cenário internacional e nacional, como no caso do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente[518] em que os Estados destacam a prioridade no trato da questão infanto-juvenil, e protegem seus direitos e bem-estar. Este fundamento significa que os Estados devem que adotar todas as medidas administrativas ou legislativas ou ainda de outra índole para tornarem efetivos os direitos da criança e do adolescente. E ainda utilizarem o máximo de recursos que dispuserem, inclusive com privilégios, conforme dispõe também o art. 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989[519].

No mesmo sentido e tendo por referência os estudos sobre resiliência, elaborados por Marta Santos Pais, Jorge Barudy Labrin e Soraya Medina Fuentes em que a educação na primeira infância é fundamental.

O conceito de resiliência à infância decorre da constatação de que algumas crianças e adolescentes resistem melhor que outras aos problemas e adversidades da vida[520]. A resiliência infantil é a capacidade da criança e

[518] BRASIL. **Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 20 de fevereiro de 2016.

[519] BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Artigo 4. Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 25 de abril de 2016.

[520] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Labrin, Jorge Barudy. La resiliencia infantil de los Buenos tratos a la infancia y a la adolescencia y del contenido terapéutico de la solidariedad. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch,

adolescente poderem “desarrollar cuando sus recursos naturales se desarrollan y se potencian gracias a las competencias y habilidades de adultos significativos que les satisfacen sus necesidades y les respetan como sujetos de derechos[521]”.

A resiliência primária constitui-se nos primeiros quatro anos de vida tendo importância em razão do desenvolvimento sadio, decorrente dos cuidados com a estimulação, proteção e afeto que os adultos entregaram às crianças. Esta serve para as crianças que tiveram pais, tutores e irmãos que as envolveram em relações afetivas e de qualidade, acolhendo-as com respeito incondicional, integrando-as ao modelo educativo e aos valores construtivos e fraternos a uma identidade e autoestima sadias. Estes são os pais competentes que as protegem do conteúdo traumático de “los contextos de pobreza, de la violencia organizada de las guerras, las represiones políticas, o las persecuciones sexistas, religiosas y otras(...) los padres y madres competentes pueden ser considerados como tutores que permiten el desarrollo de esta resiliencia primaria[522]”.

De outro modo, a resiliência secundária é verificada e identificada em crianças, filhos de pais e mães, ou tutores e irmãos que não puderam desenvolver suas competências. Isto ocorre pela ausência das instituições e da Sociedade. Por isso, os pais maltratam seus filhos por não terem os nutrientes e recursos necessários “para transformar sus dramas y tragédias en un proyeto de vida, suficientemente sano y muchas veces productivo tanto para personas que les há tocado vivir algo parecido como para la sociedad en general[523]”.

Fruto dos conceitos de resiliência primária e secundária se faz necessário estabelecer programas de prevenção e tratamento daquelas crianças que tiveram sua primeira infância furtada pelos adultos, que não criaram por si, pela Sociedade

---

2009, p. 463.

[521] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Labrin, Jorge Barudy. La resiliencia infantil de los buenos tratos a la infancia y a la adolescencia y del contenido terapéutico de la solidariedad. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 463.

[522] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Labrin, Jorge Barudy. La resiliencia infantil de los buenos tratos a la infancia y a la adolescencia y del contenido terapéutico de la solidariedad. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 464.

[523] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Labrin, Jorge Barudy. La resiliencia infantil de los buenos tratos a la infancia y a la adolescencia y del contenido terapéutico de la solidariedad. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 464.

ou pelas instituições estatais entornos de proteção e atenção aos seus direitos, e, especialmente ao direito social à educação na primeira infância. A responsabilidade da criação destes entornos é do Estado, como também, o desenvolvimento de programas de recuperação do sofrimento de crianças que foram vítimas da violência institucional, cultural, social e econômica[524].

Por certo, trabalhar a resiliência se constitui em caminho de transformação, tendo em vista que as situações vividas podem ser superadas, ressignificando a criança inserida no coletivo[525]. Para tanto, se faz necessário desenvolver acerca do conhecimento de instrumentos e instâncias político-administrativas-jurídicas "para ubicar los referentes que les protegen y deben garantizar el cumplimiento de sus derechos. Es así que trabajamos el desarrollo de la resiliencia para la construcción de ciudadanía[526]".

Na esfera de atuação e relacionamento entre os poderes constituídos, merece o aporte da inter-relação entre o poder executivo (que deve relativizar sua independência) e legislativo, buscando conciliar os melhores interesses do direito a favor da criança e adolescente, considerando-os como bens essenciais do Estado democrático, reforçando desta forma a independência e separação dos poderes, em que o judiciário segue com a função jurisdicional, tipicamente estabelecida[527]. No mesmo sentido é certa a assertiva de que o Ministério Público possui dever de

---

[524] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Labrin, Jorge Barudy. La resiliencia infantil de los buenos tratos a la infancia y a la adolescencia y del contenido terapéutico de la solidariedad. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 463.

[525] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Fuentes, Soraya Medina. Desarrollo de la resiliencia em la construcción de ciudadania**. Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 469.

[526] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Fuentes, Soraya Medina. Desarrollo de la resiliencia em la construcción de ciudadania**. Por los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 471.

[527] PRIETO. José Manuel Villanueva. **Relacion entre Accion Judicial y Social em Materia de Guarda y Custodia y Adopcion. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 100. "Ademas es imprescindible indicar que la forma tajante con que la Constituición trata de definir esto principio encuentra su última justificación en el hecho de que, con arreglo a la tendencia imperante del Estado Moderno, la extension de la atividad del poder ejecutivo y la revitalización de la independencia entre éste y el legislativo, há contribuído a que, como último garante de esos bienes esenciales, se refuerce la separación e independencia, asi como el monopolio de la función jurisdiccional, del Poder Judicial.

controlar os atos da administração pública e fiscalizá-los exercitando assim a vigilância sobre os direitos da infância[528].

Assim, o interesse superior da criança quando apresentado aos poderes públicos e aos princípios do direito administrativo, faz com que seu cumprimento seja uma por obrigação legal e seu descumprimento, por omissão inconstitucional, recaia sobre suas ações na prática efetiva por um lado, ou de outro, a ilegalidade, ineficiência e ineficácia, que devem ser combatidas. Notadamente "las administraciones públicas han de poner un celo especial para que las acciones desarolladas en este ámbito no se aparten de ningún modo de los principios da legalidad, eficácia e eficiência y, por supuesto, los principios que rigen la actuación administrativa en esta materia, comezando por el principio del interes superior del menor[529]".

O princípio do interesse superior da criança realça sua supremacía sobre qualquer outro direito exposto. Revela-se assim o princípio geral de proteção a infância, fonte inspiradora da produção de normas com relação à criança e ao adolescente[530]. Desta forma, a administração pública deverá considerar o interesse superior da criança para a Efetividade dos direitos infanto-juvenis, delineando a sua atuação, com consideração as zonas de certeza positiva, negativa e de incertezas como já consideradas, bem como, no controle destes, pelo Poder Judiciário, com o intuito do desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente.

Quanto a busca de um conceito jurídico e seu indicativo como vetor da administração pública, pode-se dizer que o interesse superior da criança e do adolescente, define-se como um conceito jurídico indeterminado, porém se distinguindo em: núcleo fixo de certeza positiva, tendo segurança quando movimenta-se o conceito e uma zona de certeza negativa, também segura quanto a exclusão do conceito e, por fim a uma zona intermediária ou de incerteza. Por tanto, precisa-se identificar o conceito em cada uma destas zonas[531]. Faz-se necessária

[528] LUQUE. Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre Los Derechos del Niño**. Madrid : Editorial Dykinson, 2010, p; 146.
[529] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 19
[530] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, pp. 113.
[531] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid :

esta abordagem, pois a norma jurídica não conceitura de modo claro, objetivo e conciso o que significa o interesse superior do menor. No que se refere a zona de certeza positiva, nota-se que ela ocorre quando a administração pública adota uma decisão concreta a respeito da criança e do adolescente, de modo individual, garantindo seus direitos fundamentais e de caráter pessoal e os bens e valores que possuem, como “su dignidad, el respecto a su libertad, el derecho a la integridad física y moral el derecho a vida familiar, al derecho a la educación, a la salud, en definitiva, en pleno desarollo de su personalidad[532]”. Este constitui o núcleo fixo de certeza positiva do conceito indeterminado examinado. Quanto a zona de certeza negativa do interesse superior da criança e do adolescente, seriam todas circunstâncias que supõe lesão ou prejuízo dos direitos fundamentais das crianças e adolescente situando-se em zona de incerteza negativa do conceito de interesse superior da criança. Avançando, verifica-se que o próprio legislador indica situações contrárias ao interesse superior das crianças, na medida que são constitutivas de situação qualificada como risco, desamparo ou dificuldade social[533].

E por derradeiro a zona de incerteza é aquela em que o aplicador da norma “deberá buscar la decisión más adecuada al caso concreto em consideración a las circunstancias concurrentes, condiciones que deberán ser debidamente ponderadas y valoradas a la hora de precisar aquello que sea más conveniente u oportuno para el interés del menor[534]”. Esta teoria revela que na aplicação da norma, deve prevalecer o interesse superior da criança e do adolescente fazendo crer que casos devem ser examinados e fundados no ordenamento jurídico.

No que se refere às instituições com o dever de proteger a criança, é possível afirmar, que, embora a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, vigente no Brasil como norma supralegal, não determine quem tem a tarefa de protegê-los, a UNICEF, através de seu Centro de Investigación Innocenti estabelecido em Florença na Itália, que “se ha erigido en promotor la figura del defensor de los derechos de la

---

Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, pp. 115.
[532] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, pp. 116.
[533] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, pp. 116-117.
[534] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, pp. 117.

infancia [535] ". E como já afirmado embora o termo promotor tenha diferentes conceituações no âmbito nacional dos Estados, no Brasil vem ao encontro do Promotor de Justiça e suas atribuições e competências definidas nos artigos 127 e 129 da CRFB/1988.

Assim, notadamente o defensor da infância vulnerável no Brasil é o Ministério Público que tem a tarefa de nortear sua atuação contemporânea, em função prática e procedimental para a efetivação da proteção integral da criança e do adolescente, especialmente quanto ao tema da primeira infância[536]. Do mesmo modo que diante da dificuldade de efetiva atuação dos poderes públicos para a Efetividade dos direitos da criança e do adolescente cabe à sociedade organizar-se de forma positiva, para exigir o respeito às normas jurídicas que estabeleceram a doutrina da proteção integral como norte a seguir. Assim, "el conjunto de la sociedad y, en especial, las instituciones encargadas del control de la actuación de las Administraciones en este ámbito tienen el deber de velar porque así sea[537]".

Por certo as atribuições relativas aos direitos infanto-juvenis perpassam a esfera da família e da sociedade, indo ao encontro da administração pública como grande atriz para a proteção e garantia dos direitos. Nesta seara, sua preparação, atuação e responsabilidade devem com certeza, se sobrepor à inércia, omissão ou descaso no trato da questão. Contemporaneamente não se pode esquecer de cumprir com as obrigações constitucionais e infraconstitucionais impostas ao Estado, sob a esfera da norma programática, da promessa futura, da reserva do possível, ou qualquer outra modalidade de descumprir os preceitos básicos de uma sociedade aprimorada e educada que passa obrigatoriamente pela identificação, reconhecimento e respeito a este sujeito de direitos que são crianças e adolescentes. Do mesmo modo, deve atuar identificando as crianças que realmente são vulneráveis e precisam da atuação subsidiária do Estado, vez que se a família e

[535] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Moner, Jordi Cots i. El Defensor de los derechos de la infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 452.
[536] GARCIA, Antonio González-Cuellar. **La Funcion del Ministerio Publico como Representante Legal del Menor. Su intervencion en los Tribunales Tutelares. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 66. "(...) Le obliga a adoptar aquellas resoluciones que eviten los impedimientos que afetan a los menores y dificultan su aceso a la mayoria de edad en condiciones de igualdad con los restantes ciudadanos".
[537] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 19.

a Sociedade podem salvaguardar seus direitos em capacidade progressiva não se faz necessária à atuação do Estado.

Mesmo assim, há de se dizer que “las administraciones públicas deberán intervenir frente a cualquier tipo de situación de desprotección que pueda sufrir los menores, al efecto da garantizarles el desfrute de sus derechos y una formación integral como personas[538]”. Neste pensar, é de se refletir que nesta nova época de proteção aos direitos da infância, novos nortes são tomados, sendo necessárias novas respostas às necessidades que possui a infância, derivativas tanto do reconhecimento de direitos como o direito social à educação na primeira infância, quanto a proteção para o próprio desenvolvimento evolutivo, cultural e social[539].

Mesmo assim, diante da dificuldade de efetiva atuação dos poderes públicos para a Efetividade dos direitos da criança e do adolescente cabe à sociedade organizar-se de forma positiva, para exigir o respeito às normas jurídicas que estabelem a doutrina da proteção integral como norte a seguir. Assim, “el conjunto de la sociedad y, en especial, las instituciones encargadas del control de la actuación de las Administraciones en este ámbito tienen el deber de velar porque así sea[540].

Assim, os poderes públicos tem uma função protetora para proteção da infância em casos de desamparo e exclusão social, por exemplo na falta do direito social à educação na primeira infância[541]. A atividade protetora da administração pública, deverá sempre ter o caráter gradual ou progressivo, regendo-se como afirmado pelo aspecto principial da subsidiariedade progressiva, sempre respeitando as obrigações normativas da família. Portanto, a atuação administrativa protetora precisa ter um caráter gradual, e o alcance das medidas de proteção está condicionado pelo nível de desatenção que é atribuída à criança ou adolescente. Por outra parte, “la actuación administrativa deberá tener carácter flexible, esto es, las

[538] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 17.
[539] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Marín, Maria Carmen Puyó. El Observatorio de Infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 270.
[540] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 19.
[541] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Marín, Maria Carmen Puyó. El Observatorio de Infancia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 269-270.

medidas de protección deberán adecuarse en cada momento a la cambiante situación del menor y de su entorno familiar[542]".

E para haver efetivo reconhecimento e concretude de seus direitos, a administração pública competente "deberá establecer los médios y sistemas para que el próprio menor pueda exponer ante las Administraciones su situación personal, com garantia de confidencialidad, atencción imediata y ativacción de los dispositivos y recursos específicos precisos[543]".

Num olhar para a esfera da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, espera-se que "los serviços públicos de atención de menores deberán atuar de forma subsidiaria cuando en el seno de la família no quede asegurado el goce de los derechos de los menores y el desarollo integral de su personalidad[544]". Mais: "dicha primacía del interés del menor sobre cualquier outro derecho o expectativa legítima que pudiera tenerse com relación a el se enmarca dentro del principio general de protección a la infancia que debe inspirar todo la legislación em relación com los menores[545]".

Destaca-se que, quanto a materia de proteção aos direitos infanto-juvenis, as administrações públicas "deberán estar guiadas por el principio de subsidiaridad progresiva respecto de las obligaciones legales de padres e tutores, El alcance e intensividad de las actuaciones administrativas de protección dependerá del grado de desantención que padezca el menor[546]".

Não se pode esquecer que a administração pública deve atuar de forma flexível e gradual, estabelecendo e efetivando as medidas de proteção, respeitando as modificações circunstanciais da criança e do adolescente.

O controle judicial da administração pública quanto à matéria de proteção à infância e juventude não se encerra no ato praticado, mas sim, trata-se de um

[542] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 137.
[543] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, pp. 114-115.
[544] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 100.
[545] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, pp. 113.
[546] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 123.

controle que seja dinâmico, onde o “el tribunal controla la adecuación a la legalidad de la medida de protección adoptada por la Administración considerada la evolución de la situación que inicialmente se tuvo em cuenta. Este control dinâmico se explica porque las Administracioones competentes están legalmente obligada adaptar en todo momento las medidas de protección a las nuevas circunstancias que afectan al menor[547]”.

Nos dias atuais, tanto a escala internacional como os Estados, tem-se destacado a prioridade no trato da questão infanto-juvenil, ao atribuir-se portanto, proteção a seus direitos e bem-estar. Este fundamento significa que os Estados terão que adotar todas as medidas administrativas ou legislativas ou ainda de outra índole para tornar efetivos os direitos da criança e do adolescente, e ainda utilizarem-se ao máximo de recursos que dispuserem, conforme dispõe o art. 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Ao pensar o ordenamento jurídico se destaca que crianças e adolescente tem o direito a proteção pública, sendo que como primeiro aporte se afirma que os direitos que estão vinculados ao ordenamento jurídico próprio da infância e indisponível “de los menores, dada la naturaleza de orden público de las normas que los reconocen y, por tanto, de inexcusable cumplimento por los poderes públicos: los derechos fundamentales y los reconocidos por la Convención de Derecho del Niño de Naciones Unidas[548]”.

A fim de visualizar-se a possibilidade de efetivar direitos infanto-juvenis, é imprescindível que ocorra previsão orçamentária, como estipulam as diretrizes da administração pública. Para tanto a prioridade só se fará presente quando atendidos os pressupostos da realidade concernentes às necessidades da criança e do adolescente. Assim, “a la hora de elaborar los presupuestos respectivos (...) deberán ternerse em cuenta, de forma prioritária, cãs actividades de prevención, atención y protección a los menores. La efetividad de ló derechos de los menores no debería verse afectadas por la falta de recursos sociales básicos[549]”. E mais: “es evidente, que el deber que el legislador impone a las Administraciones competentes de brindar atención y protección a los menores y el conseguinte derecho de los menores a ser

[547] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 125.
[548] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 135.
[549] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 132.

protegidos. Solo puede ser debidamente garantizado cuando existen los médios y recursos suficientes. Por tanto, es fundamental una adecuada política presupuestaria y dar debido cumplimiento al principio e prioridad presupuestaria[550]".

Ao verificarem-se os direitos da criança e do adolescente, a proteção pública deve estar presente pelo ordenamento jurídico e por "los derechos que Forman parte del denominado estatuto jurídico indisponible de los menores, dada la naturaleza de orden público de las normas que los reconocen y, por tanto, de inexcusable cumplimento por los poderes públicos: los derechos fundamentales y los reconocidos por la Convención de Derecho del Niño de Naciones Unidas[551]". Passa-se a exigir a atuação da administração pública de forma protetora que

> deberá tener carácter gradual o progresivo (la actuación de las administraciones em materia de protección de menores se rige por el principio de subsidiariedad progresiva respecto a la obligaciones legales de la familia. Por tanto, la actuación administrativa proctetora tendrá un carácter gradual, el alcance e intensidad de las medidas de protección está condicionado por el grado de desatención que padezca el menor, Por outra parte, la actuación administrativa deberá tener carácter flexible, esto es, las medidas de protección deberán adecuarse en cada momento a la cambiante situación del menor y de su entorno familiar[552]".

Esta atividade protetora do Estado deve caracterizar-se pela realização de políticas públicas que possam modificar a situação de inércia dos poderes públicos em compreender a importância do tema. Portanto, deve-se revelar que "una Política Pública no es el conjunto de planes y programas. Esta visión reductiva conlleva los riesgos básicos; el primero es que uma visión de simples metas, y no de estrategias, propicia la duplicación de funciones y tareas, ausencias de titularidad, la fragmentación y competencia entre los equipos de trabajo[553]. Política pública é tarefa de Governo e da Sociedade em conjunto, sendo que

> Una Política Pública es la concreción del pacto social expresada en el conjunto de principios, critérios y líneas de acción que permiten que los planes y programas gobernamentales sean relevantes, coherentes y evaluables. Es el conjuntos de estrategias institucionales que garantizan la rectoría de Estado en la solución de los problemas nacionales, y ao mismo

[550] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 134
[551] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 135.
[552] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 137.
[553] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Fierro, Sara Oviedo. Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 383.

> tiempo proprician la corresponsabilidad de la sociedad civil, exigen la transversalidad entre los distintos poderes y ordenes de gobierno, y establecen criterios para la evaluación, la rendición de cuentas y la mejora contínua en el desempeño de las instituiciones y los funcionários. A los órganos de gobierno le corresponde una legítima rectoría, precisamente por la dimensión garantista de la Democracia, que haga posible la inclusión de la sociedad civil[554].

Em definitivo, as políticas públicas em benefício de crianças e adolescentes, necessitam manter o enfoque de que as intervenções do Estado se apresentem como verdadeiro procedimento inclusivo de construção cidadã, pautada na Democracia e no Estado de Direito Democrático Social, induzidos pela República.

A questão que perpassa a realização de políticas públicas não está assentada na simples vontade do gobernante, mas sim na necessidade de construção de uma Cidadania infantil pelos trilhos do direito social à educação na primeira infância, que está fundada no orçamento público. Para tanto é imprescindível e inadiável a promoção de espaços de participação da infância; a divulgação da Convenção e recomendações sobre os direitos da criança e do adolescente; a promoção de uma nova cultura relacionada a infância, entregando-lhe definitivamente o standart de sujeito social e de direito; contribuir para a formação de uma infância cidadã elevando a criança ao protagonismo pelas organizações de defesa de seus direitos; rogar e buscar por reais políticas de Estado a favor da criança e do adolescente para a Efetividade de direitos. E, por fim, uma urgente política orçamentária que permita forte investimento social a favor dos setores vulneráveis, como é o caso do direito social à educação na primeira infância[555]".

Por síntese, afirma-se que o princípio da prioridade orçamentária, assenta-se nos planos plurianuais, nas leis de diretrizes orçamentárias e nas leis orçamentárias anuais dos entes federados se revelam como condão para a realização efetiva dos direitos infanto-juvenis, sendo imprescindível que ocorra sempre previsão orçamentária, que estipule as diretrizes da administração pública.

---

[554] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Fierro, Sara Oviedo. Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 383.

[555] ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Villalta, Georgina. Participación y Responabilidad Social em la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la superación de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño.. **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 308.

Para tanto a prioridade se faz presente quando atendidos os pressupostos da realidade concernente às necessidades vinculadas às atividades de prevenção, atenção e proteção dos direitos da criança e do adolescente. Por certo, a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância jamais deve ser afetada pela falta de recursos sociais básicos[556]". Assim, evidencia-se que o legislador impõe pela norma jurídica às administrações competentes a possibilidade de brindar a infância com atenção e proteção, que são garantidos quando existem meios e recursos suficientes[557]. Por derradeiro, tem-se como fundamental, uma política orçamentária que de cumprimento ao princípio da prioridade orçamentária asseverado no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

4.4 A Superação das Gerações de Direitos Humanos e os novos Direitos Humanos Emergentes

As gerações ou dimensões de direitos humanos servem como modelo de classificação, e, na linguagem da Organização das Nações Unidas, se dividem para atender os ideais revolucionários da Revolução Francesa, criando então: os direitos de liberdade, que se compõe dos direitos civis e políticos, a primeira geração, advinda do pensamento filosófico e político dos séculos XVII e XVIII; os direitos de igualdade, que se compõem dos Direitos Sociais, econômicos e culturais, como por exemplo a Educação, advindos das transformações sociais e de sua inserção em Constituições dos séculos XIX e XX, e; os direitos de fraternidade, que se compõem dos direitos de solidariedade e que transcendem a esfera individual, pertencentes a agrupamentos humanos, como por exemplo, a criança.

Notadamente, o direito social à educação na primeira infância no Brasil se revela na premissa maior desta tese, a favor de que as crianças obtenham a Efetividade deste direito, numa escala de igualdade material propiciada pela transformação da Sociedade e ativação do Estado, quanto ao tema. Para tanto, é imperioso utilizar ainda, neste momento, a classificação dos direitos humanos para justificar a necessidade de igualdade material para a efetivação deste direito. Assim,

---

[556] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 132.
[557] TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 134

confunde-se a igualdade formal com a segurança jurídica nos Estados liberais democráticos. A igualdade como equiparação fundamenta-se no princípio da não discriminação que não considera relevante as diferenças físicas, ou circunstâncias como raça, sexo, religião, etc. A igualdade como diferenciação tem em conta outras situações que justificam o trato desigual, com objetivo igualitário. Assim, a idade, riqueza, infância, velhice, deficiência ou vulnerabilidade no plano das relações sociais pode revelar superioridade de uma das partes, quando usuários, consumidores e trabalhadores são expostos a posição dominante de empresários, proprietários ou administradores. A igualdade material se vincula à liberdade promocional deste princípio que marcou Rousseau en el *Contrato Social* "que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a outro, ni ninguno tan pobre como para verse obligado a venderse[558]".

Ao tratar do termo criança, a terceira geração de fraternidade aparece de forma clara, e na exposição de Peces-Barba, está afirmado que

> ser solidario es una posición antropológicamente alejada del pesimismo, tiene una Idea fuerte de sociabilidad y asume como propio el interés de tercero que ló merezca. Directamente fundamenta deberes y solo por su intermédio derechos. Afecta a derechos como los referidos al medio ambiente y pronto al patrimônio genético. También esta en la base de derechos de personas en situación de inferioridad, niños, personas con descapacidad y todavia en parte la mujer, siempre vinculada al valor igualdad[559].

Por outro lado, esta classificação em geração ou dimensões de direitos humanos perde forças porque não se alicerça nas conquistas do Estado Democrático de Direito e social, da República e da Federação, que se reduzem a propostas de governos. E nesta proposição se verifica que aqueles que estão nos poderes constituídos tem-se mantido no poder, principalmente pela deturpação no uso de seus mandatos ou conduções em proveito próprio, pelos caminhos da inflação legislativa, em favor dos seus amigos do poder dominante, pela burocracia discricionária que engaveta ou tornam morosas as ações ou atos administrativos, e

---

[558] PECES-BARBA Martínez. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 228.

[559] PECES-BARBA Martínez. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 228-229.

pela certeza de impunidade que contrária os preceitos fixados pela Lei nº 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei Complementar nº 131 (Lei da Transparência) e Lei Complementar nº 135 (que altera a Lei complementar nº 94, conhecida como Lei da Ficha Limpa). No mesmo sentido, descortina-se a situação caótica e deprimente do Poder Judiciário brasileiro, com verdadeiros fiascos em suas ações na tarefa de punir autoridades públicas, como aconteceu com a meta 18 do CNJ[560], em que menos de 60 por cento dos processos de improbidade administrativa foram julgados pelos Tribunais até o final de 2013. Asssim resta à probabilidade de acreditar em novas formas de compreender as ações dos Estados e sua interdependência global.

Dentre as formas possíveis elaborou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes, fruto de codificação privada, aprovada na Conferência de 2007, no Fórum Mundial Social das Culturas, que desenvolve e aperfeiçoa a Carta de Direitos Humanos Emergentes, elaborada em 2004. E nesta estão inseridos novos espaços da Sociedade civil, plural e inclusiva, ao destacar o princípio da coerência que promovea indivisibilidade, interdependência e universalidade dos direitos; o princípio da horizontalidade, que rompe com qualquer postura hieráqrquica de direitos; o princípio da interdependência que tem a tarefa de reconhecer num plano igualitário os Direitos Sociais e coletivos; o princípio de inclusão social que definem uma Cidadania social ao considerar o cidadão como mais um membro pleno da Sociedade; o princípio de gênero, que valora a questão de forma transversal e includente; o princípio da não discriminação**,** que passa pela universalidade dos Direitos Humanos Emergentes dado a sua transversalidade; o pricnípio da participação política, que reconhece a dimensão política de todos direitos humanos e impescindível espaço de participação cidadã de cada um deles; e, o princípio da responsabilidade solidária que resulta dos compromissos assumidos e exigíveis entre indivíduos e Sociedade”[561]. Nessas assertiva se fundam a superação das gerações de direitos humanos, com a criação dos Direitos Humanos Emergentes, que passam a mercecer a discussão acadêmica.

---

[560] BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça.** http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013/meta-18.

[561] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 695.

Infere-se ainda que os Direitos Humanos Emergentes se baseiam em uma série de princípios de caráter transversal. É uma declaração de intenções pelo fato de fundar todos os direitos sobre a Democracia entendida, não somente como valor ou princípio, mas como direito de múltiplas facetas, dimensões ou forma de expressão, que apresenta em suas nuances a Democracia igualitária, Democracia plural, Democracia paritária, Democracia participativa, Democracia solidaria e Democracia garantista. Estas dimensões servem de marco de referência aos demais direitos emergentes e correspondem a cada um dos seis títulos que formam parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes. Seu fundamento como já citado está reconhecido no artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

4.5 A Ruptura Conceitual do Conceito Tradicional de Cidadania e a Cidadania Cosmopolita

Em referencial mais grave, furta-se o conceito tradicional de Cidadania dos cidadãos pelos próprios governantes, quando estes eliminam pela discricionariedade e vontade pessoal, o aspecto incluinte das gerações de direitos, em especial, na negação do Direito à Educação na primeira infância. Desta torna-se agora, de nova roupagem, pelo caminhar de uma Cidadania chamada de cosmopolita, requerida pela ordem internacional com a ideia de que realmente se assuma os direitos e obrigações, emanadas da noção de direito humano emergente. Para que esta proposta tenha êxito,

> podemos abogar una nueva noción de ciudadanía y derechos que no gire en torno al Estado nacional, sino que se abre realmente a todos puesto que si queremos tomar en serio los derechos humanos, debemos desvincularlos de la condición tradicional de ciudadanía. Es más, consideramos que el ideal de una ciudadania cosmopolita es moralmente superior a cualquier outro y encuentra su reflejo en los derechos humanos emergentes. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes al promover los derechos de una ciudadania global hace que el disfrute de los derechos humanos emergentes no sea producto del hecho aleatório de haber nacido en un determinado Estado, atacando la variabilidad que produce el subdesarrollo con la apelación a la Democracia y a la justicia internacional, a la solidariedad y la protección colectiva de la comunidad internacional en favor de colectivos humanos, que en su corta existencia han abierto espacios como los de Barcelona (2004) y Monterrey (2007) para soñar con un ciudadano global, titular de derechos humanos emergentes[562].

[562] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos

Quando a Declaração Universal dos Direitos Emergentes se apresenta em sua estrutura, visualiza-se o direito à Democracia igualitária e a Democracia garantista o desenvolver-se, brevemente neste trabalho. Quanto a Democracia igualitária, o artigo 1[563] relata o direito a existência em condições de dignidade, compreende o Direito à Educação, ao conhecimento, à formação continuada e inclusiva (...) que se adapte às suas necessidades pessoais e às demandas da sociedade, e que seja inclusiva a todos os membros da sociedade, sem qualquer discriminação. Todos os seres humanos têm direito à erradicação do analfabetismo. No artigo 4, verifica-se que todo ser humano e toda comunidade têm o direito a uma igualdade de direitos plena e efetiva, sendo que este direito humano fundamental compreende os seguintes direitos: direito à igualdade de oportunidades, que reconhece os direitos contidos nesta Declaração sem qualquer tipo de discriminação

---

Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 760-788.

[563] INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes**. Artículo 1. Derecho a la existencia en condiciones de dignidad. “Todos los seres humanos y las comunidades tienen derecho a vivir en condiciones de dignidad”. Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos: 1. El derecho a la seguridad vital, que supone el derecho de todo ser humano y toda comunidad, para su supervivencia, al agua potable y al saneamiento, a disponer de energía y de una alimentación básica adecuada, y a no sufrir situaciones de hambre. Toda persona tiene derecho a un suministro eléctrico continuo y suficiente y al acceso gratuito a agua potable para satisfacer sus necesidades vitales básicas. 2. El derecho a la integridad personal, que se cimienta en que toda persona es inviolable y tiene derecho a su integridad física y psíquica. Se prohíbe la pena de muerte y las ejecuciones sumarias en toda circunstancia y lugar. 3. El derecho a la renta básica o ingreso ciudadano universal, que asegura a toda persona, con independencia de su edad, sexo, orientación sexual, estado civil o condición laboral, el derecho a vivir en condiciones materiales de dignidad. A tal fin, se reconoce el derecho a un ingreso monetario periódico incondicional sufragado con reformas fiscales y a cargo de los presupuestos del Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro residente de la sociedad, independientemente de sus otras fuentes de renta, que sea adecuado para permitirle cubrir sus necesidades básicas. 4. El derecho al trabajo, en cualquiera de sus formas, remuneradas o no, que ampara el derecho a ejercer una actividad digna y garante de la calidad de vida. Toda persona tiene derecho a los frutos de su actividad y a la propiedad intelectual, bajo condición de respeto a los intereses generales de la comunidad. 5. El derecho a la salud, a la asistencia sanitaria y a los medicamentos, que asegu - ra el acceso a las mejores tecnologías de salud, así como a disfrutar de un sistema sanitario de prevención, vigilancia y asistencia personalizada, y a disponer de TÍTULO I. DERECHO A LA DEMOCRACIA IGUALITARIA 5. los medicamentos esenciales. Toda persona y toda comunidad tienen derecho a que los desarrollos científicos y tecnológicos en el ámbito de la salud, y en particular por lo que a la ingeniería genética se refiere, respeten los principios fundamentales de la dignidad de la persona y de los derechos humanos. 6. El derecho a la educación, al saber y al conocimiento, a la formación continuada e inclusiva y a la erradicación del analfabetismo, que aspira a que todo ser humano tenga acceso a una educación y una formación profesionales de calidad y continuada, que se adapte a sus necesidades personales y a las demandas de la sociedad, y que sea inclusiva de todos los miembros de la sociedad, sin ninguna discriminación. Todos los seres humanos tienen derecho a la erradicación del analfabetismo. 7. El derecho a una muerte digna, que asegura a toda persona el derecho a que se respete su voluntad de no prolongar artificialmente su vida, expresada en un testamento vital o documento similar formalizado con las debidas garantías. Barcelona: IDHC, 2009. http://www.world-governance.org/IMG/pdf_DUDHE.pdf. 2009. Acesso em 20 de agosto de 2015.

em razão de raça, grupo étnico, cor, gênero ou orientação sexual, características genéticas, idioma, religião, opinião política ou de qualquer natureza, nacionalidade ou origem social, pertencimento a minorias, fortuna, nascimento, deficiência, idade ou qualquer outra condição.Para a realização da igualdade se tomará em consideração a existência e superação das desigualdades que a diminuem, assim como a importância de identificar e satisfazer necessidades específicas dos grupos humanos e comunidades, derivadas de sua condição ou situação, desde que isto não resulte em discriminação contra outros grupos humanos, bem como o direito à proteção de grupos em situação de risco ou exclusão, que reconhece a toda pessoa pertencente a um grupo de risco ou em situação de exclusão o direito a proteção especial pelas autoridades públicas.E, em particular: meninos, meninas e adolescentes têm direito a proteção e cuidado necessários ao seu bem estar e desenvolvimento pleno.

Quanto a Democracia garantista, no seu título VI, Artigo 9[564] dispõe sobre

[564] INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes**. Artículo 9. Derecho a la democracia garantista. “Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al Derecho, a la democracia y a la justicia internacional”. Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos: 1. El derecho a la justicia internacional y a la protección colectiva de la comunidad internacional, que garantiza a toda persona y a toda comunidad el derecho a que la comunidad internacional, a través de los órganos apropiados de la Organización de las Naciones Unidas, adopte todas las medidas necesarias para prevenir y detener las viola - ciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, allí donde se produzcan. 2. El derecho y el deber de erradicar el hambre y la pobreza extrema, en virtud del cual todas las personas y comunidades tienen derecho a exigir, en el plano nacional e internacional, que se adopten medidas y políticas eficaces para luchar contra el hambre y la extrema pobreza a que están sometidos en la actualidad más de mil millones de seres humanos. Los Estados y los actores no estatales, en particular las empresas transnacionales, las organizaciones sindicales y las ONG, deben cooperar y adoptar políticas en el ámbito de sus respectivas esferas de actividad, dirigidas a impedir la reproducción y perpetuación a nivel internacional de las situaciones de hambre y extrema pobreza, así como a su erradicación, en particular en los países subdesarrollados. 3. El derecho a la democracia y a la cultura democrática, que implica el derecho a vivir en una sociedad libre y democrática, en la que se respete el estado de derecho y los derechos humanos, y a ser administrado por una administración pública eficaz, transpa - rente y que rinda cuentas de su gestión. 4. El derecho a la verdad y a la justicia, que conlleva el derecho de toda persona a que las autoridades públicas abran una investigación e identifiquen y sancionen a los culpables en supuestos de violaciones graves de derechos humanos, de forma que se permita a las víctimas y a sus familiares la búsqueda y aclaración de la verdad sobre los hechos ocurridos TÍTULO VI. DERECHO A LA DEMOCRACIA GARANTISTA y a recibir la reparación correspondiente. Los Estados se abstendrán de adoptar disposiciones de amnistía, prescripción y eximentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. En particular, ninguna persona gozará de inmunidad alguna que la exima de ser procesada por el crimen de genocidio, por crímenes de guerra o por crímenes contra humanidad. 5. El derecho a la resistencia, que implica que toda comunidad o pueblo en lucha contra una opresión de orden militar, político, económico o cultural, tiene derecho a resistir dicha opresión por todos los medios legítimos a su alcance y a buscar y recibir en esta lucha un apoyo internacional conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas. 6. El derecho y el deber de respetar los derechos humanos, que garantiza a toda persona la protección efectiva de los mismos en los

este direito ao afirmar que todos os seres humanos e toda comunidade têm o direito à lei, à Democracia e à justiça internacional, sendo que este direito humano fundamental compreende os seguintes direitos, entre outros: direito à justiça internacional e à proteção coletiva pela comunidade internacional, que garante a todas as pessoas e a toda comunidade o direito de que a comunidade internacional, através dos órgãos apropriados da Organização das Nações Unidas, adote todas as medidas necessárias para prevenir e deter as violações massivas e sistemáticas de direitos humanos, onde quer que ocorram e direito à Democracia e à cultura democrática, que implica no direito de viver em uma sociedade livre e democrática, em que se respeite o Estado de Direito e os direitos humanos, e de ser administrado por uma administração pública eficiente e transparente e que preste contas da sua gestão.

Seguindo esta linha, dentro da teoria jurídica, encontra-se a tese do garantismo, utlizado em algumas conceituações. Maria Izabel Garrido Gomez destaca, “en definitiva, los tres puntos principales de la teoria de Ferrajoli son: el estblecimiento de un concepto de derechos fundamentales; la reformulación en clave garantista de la Idea del constitucionalismo y la determinación de una dimensión sustancial del concepto de Democracia[565]”.

Utiliza-se também da distinção entre direitos e garantias, sendo que “es factible en aras del concepto de derecho subjetivo del que habla Ferrajoli, un derecho subjetivo es cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de

---

planos nacional e internacional. Los Estados y demás actores, en particular las instituciones financieras internacionales y las empresas transnacionales, tienen el deber de respetar los derechos humanos. Estas obligaciones jurídicas trascienden las fronteras nacionales. 7. El derecho a un sistema internacional justo, que reconoce a toda persona y comunidades el derecho a un sistema internacional en el que los derechos y libertades enunciados en esta Declaración y en los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se hagan plenamente efectivos, incluyendo el derecho a la reparación por la violación de los derechos humanos de los que haya sido víctima. Para la plena protección de sus derechos humanos, toda persona y comunidad podrá acudir a instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente. 8. El derecho a la democracia global, que supone el derecho de todo ser humano y toda comunidad o pueblo, a un sistema internacional democrático basado en el respeto a los principios y normas de Derecho Internacional y regido por una Organización de las Naciones Unidas que haga efectivos los derechos y libertades enunciados en esta Declaración y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Barcelona: IDHC, 2009. http://www.world-governance.org/IMG/pdf_DUDHE.pdf. 2009. Acesso em 20 de agosto de 2015.

[565] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 697.

no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. El hecho de que no haya garantías no implica que no haya derechos[566]". E quando se refere aos Direitos Sociais, está se falando em direitos débeis, na medida que "son derechos no garantizados que adolecen de una inefectividad estructural o de sistema, y que precisan para su solución la actuación de las garantías débiles consistente en la obligación de introducir garantías fuertes[567]". As garantias se apoiam, por exemplo, no campo dos Direitos Sociais, no princípio da legalidade, que exige orçamento público adequado para sua efetivação, por norma jurídica que deve ser construída, tendo em mente a harmonia entre os poderes públicos. Outro princípio garantista é o da jurisdicionalidade, para quais os direitos são justificáveis e acionáveis em juízo contra os responsáveis por sua violação comissiva ou omissiva[568]. Para finalizar esta breve abordagem sobre a tese garantista, é muito útil a tomada de decisão judicial que trata o texto normativo Constitucional e o edifício jurídico como instrumentos de referência das Democracias modernas, alavancadas de forma com que a vigência e a validade formal e material sejam respeitadas e distribuídas de forma a estabelecer a justiça social[569].

Com a intenção de reforçar o tema decorrente das garantias, retorna-se aos Direitos Humanos Emergentes para afirmar que surgem, devido ao reconhecimento de que os direitos humanos resultam de um processo em permanente evolução e atualização. Quanto às garantias sociais de direito público, se reconhece que as grandes forças sociais, religião, costumes, ou a totalidade das forças culturais influem constantemente na formação e desenvolvimento do Direito e asseguram sua validade com outras forças. As garantias sociais sempre estão presentes nas organizações políticas e nelas, se encontra um limite a arbitrariedade

[566] GOMEZ, Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 697.
[567] GOMEZ, Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 697.
[568] GOMEZ, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 714.
[569] GOMEZ,, Maria Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 720.

dos governantes que se consideram distante da obediência as normas humanas[570]. As garantias políticas consistem nas relações reais de poder entre Estados, quando tratar-se de Direito Internacional; órgãos do Estado, quando tratar-se de Direito Político ou separação, distribuição de competências e harmonia entre os poderes. Garantias estas que deveriam oferecer completa seguridade aos sujeitos de direito[571]. Por outro lado, as garantias jurídicas ver ser reconhecidas ou não nos casos particulares e correspondem em sua natureza para assegurar direitos, desencadeando fenômenos sociais que tem também repercussões políticas[572].

Advindos dos Direitos Humanos Emergentes e da tese garantista entre outros, é possível ascender ao conceito de Cidadania Cosmopolita. A com certeza, os direitos humanos representam a ideia de justiça e também uma luta contra a exclusão de alguns direitos, como é o caso da não Efetividade do Direito à Educação na primeira infância no Brasil. Esta deveria ser referendada pelos poderes republicanos, inseridos no pacto federativo, entretanto precisam contar com o apoio de instrumentos internacionais e assim revelarem-se na reafirmação e defesa do conceito de Cidadania Cosmopolita. As razões argumentativas se revestem através do conceito tradicional de Cidadania, deturpado e pervertido em seu significado para justificar a exclusão de agrupamentos humanos. Assim "podemos abogar por una nueva noción de ciudadania y derechos que no gire en torno al Estado nacional, sino que se abra realmente a todos puesto que si queremos tomar en serio los derechos humanos, debemos desvincular-los de la condición tradicional de ciudadanía[573]".

A Cidadania Cosmopolita não é algo fruto de um sonho, porque seu espírito utópico está presente nas reivindicações do passado, atuais e futuras, na extensão de agrupamentos humanos ou grupos de pessoas "que estaban, están o estarán excluídas, esto es, de todos aquellos colectivos que tradicionalmente no han disfrutados de los derechos básicos reconocidos a la mayoria y que no han

---

[570] JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000, p. 778.
[571] JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000, p. 778.
[572] JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000, p. 780.
[573] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 709.

participado activamente en el proceso de determinación del gobierno de la sociedade, carecendo de representatividad política[574]".

Esta visão de Cidadania Cosmopolita tem o condão de romper com a clássica divisão de gerações ou dimensões de direitos humanos, ao revelar que os Direitos Humanos Emergentes não conseguem compreender a classificação das gerações porque, na esfera dos Direitos Sociais se revelam em muitas vezes, inoperantes ou programáticas. Desta forma, precisa-se de uma visão integral e holística em que todas as categorias atuam entre si, na certeza de sempre haver uma dimensão individual para a Efetividade de direitos e que merece ser contemplada pelo Estado ou ordem internacional. Respeitando a norma e orçamento público para efetivá-las. Assim, evita uma postura pré-violadora, com a necessidade de substituí-la que teria que ser preenchida por uma postura pós-violadora, através de manifestação judicial de segurança em ação judicial apropriada[575].

Com isto, certamente ocorrerá à interação da Democracia, numa ótima substancial, com o Estado de Direito, que se revelará como um modo de garantir a proteção e exercício dos direitos humanos mudando sua teoria e práxis[576]. Desta forma, se buscaria a realização material efetiva do direito social à Educação na primeira infância no Brasil, pois estas características já foram experimentadas, especialmente a partir de meados do século XX, onde se converteu o Estado para ser social e democrático de Direito[577].

---

[574] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 714.

[575] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, pp. 726-735.

[576] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 739-740.

[577] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 747.

Notadamente se observa que nesta parte se desvendou a trilha do Direito Social à Educação na Primeira Infância. A partir daí considera-se a criança, desde o século XVII, como sujeito de direitos, desde seu nascimento, tendo uma função social a ser efetivada pelos trilhos da Educação infantil. Por este viés, que concentra-se a responsabilidade no Estado para aqueles que não possuem condições econômicas para custeá-las. Estabeleceu-se também a necessidade do *Double Standard*, ao priorizar o tratamento à Primeira Infância pelo Protecionismo Renovado. Desta forma, necessita-se advogar pela transformação da classificação dos direitos humanos em razão da perspectiva individual de cada direito, e passar a chamá-los de Direitos Humanos Emergentes. Com isso busca-se uma Cidadania Cosmopolita em que o Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil seja objetivo e efetivo aos olhos da Sociedade e dos Poderes desta República Federativa.

4.6 O Exemplo do Direito Social à Educação na Primeira Infância na Espanha

Quando se estuda o direito espanhol, em pesquisas realizadas nas bibliotecas dos cursos de Direito, Ciências Econômicas Filosofia e Campus Geral da Universidade de Alicante, encontra-se no depósito da Biblioteca de Direito, a obra de Irene Arderiu Balaguer, que tem por tema a “Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda”, publicada em 2007. Em seu teor, revela-se a importância do Direito Social à Educação na Primeira Infância.

Nesta obra, se verifica que dentre os objetivos políticos do Estado, estão as políticas públicas que concebem às crianças de zero a três anos de idade, o direito às escolas de Educação infantil, ditos de Primeira Infância. O ponto central da investigação revela que este direito se consubstancia na integração da criança ao sistema educativo, ao estimular o desenvolvimento físico e mental, promovendo a igualdade desde sua origem[578].

Ao referir-se sobre a doutrina da proteção integral, a questão é crucial e revelada pelas assertivas de que é uma obrigação institucional a adoção de providências, quando da ocorrência de impedimentos ao acesso da gama de

---

[578] BALAGUER, Irene Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p. 21-22.

direitos, que podem retirar a condição de igualdade com os demais cidadãos. A garantia atribuída pela Constituição Espanhola destaca-se em sua plenitude, assim os órgãos administrativos devem buscar uma atenção a toda criança e adolescente em razão da própria assertiva constitucional; e num segundo momento, o pressuposto de que são os poderes e instituições públicas que detém o poder jurídico, deve utilizar-se de procedimentos judiciais necessários, quer na esfera administrativa quanto judicial, para a Efetividade dos direitos[579].

A tarefa de proteção integral pressupõe a atuação das instituições, em que o defensor dos direitos da criança deve nortear sua atuação contemporânea na função prática e procedimental de sua atuação[580]. Na Espanha a questão é crucial e revelada pelas assertivas de que é uma obrigação institucional a adoção de providências quando da ocorrência de impedimentos ao acesso da gama de direitos, que podem retirar a condição de igualdade com os demais cidadãos.

Ademais são exigências que a própria Constituição impõe nas esferas judicial e administrativa, condicionando uma mútua relação que deve existir. Na esfera judicial tem-se por certo o monopólio estatal e a figura do juiz que, ao aplicar a norma jurídica, devem estar presentes os valores essenciais de um ordenamento democrático que manifesta a segurança jurídica individual e o respeito aos direitos da pessoa humana[581].

Na relação entre os poderes, merece o aporte da inter-relação entre o poder executivo (que deve relativizar sua independência) e legislativo, buscando conciliar os melhores interesses do direito a favor da criança e adolescente, como bens essenciais do Estado democrático, ao reforçar desta forma a independência e separação dos poderes, em que o judiciário segue com a função jurisdicional, tipicamente estabelecida[582].

---

[579] PRIETO, José Manuel Villanueva. **Relacion entre Accion Judicial y Social em Materia de Guarda y Custodia y Adopcion. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 99.
[580] GARCIA, Antonio González-Cuellar. **La Funcion del Ministerio Publico como Representante Legal del Menor. Su intervencion en los Tribunales Tutelares. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 66.
[581] PRIETO, José Manuel Villanueva. **Relacion entre Accion Judicial y Social em Materia de Guarda y Custodia y Adopcion. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985, p. 100.
[582] PRIETO, José Manuel Villanueva. **Relacion entre Accion Judicial y Social em Materia de**

Contextualizando a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância, com o uso do exemplo espanhol, é possível perceber a existência de critérios de admissão das escolas de Educação infantil, por considerar cinco aspectos básicos: residência no local; idade adequada; situação laboral familiar; situação econômica; e situação familiar sócio-especial[583].

Assim o pressuposto da residência no local e a idade entre zero (na prática, a criança deve ter, no mínimo 16 semanas) e três anos são os primeiros critérios caracterizadores da efetivação do Direito Social à Educação em Escolas de Educação Infantil na Espanha.

Considera-se como situação econômica no "caso en razón inversa a la renta disponible de la unidad familiar[584]. As situações sócio-familiares especiais, onde "se consideran las situaciones de carência o necesidad, con atención especial a niños con necesidades educativas especiales, pero también para aquèllos cuyos padres tengan una condición reconocida de discapacitación o, en general, que la situación familiar represente un riesgo para el menor. Además, otros aspectos como el hecho de tener un hermano en el centro o pertenecer a una familia numerosa ayudan a tener más posibilidades de ser admitido en el mismo[585]". E também sendo que se "premia, y en algunos casos es condición para la admisión, aquella unidad familiar en la que los progenitores o tutores estén en situación laboral activa o bien sean familias monoparentales". Ainda, se consideram as situações como "el hecho de tener un Hermano en el centro o pertenecer a una familia numerosa ayudan a tener más posibilidades de ser admitido en el mismo[586]".

No caso Espanhol se propõe o desenvolvimento dos centros em rede pública estabelecendo a equidade como mecanismo de inclusão dos infantes de zero a menos de três anos, sendo este um período da vida da pessoa que fundamenta e solidifica o conhecimento, sociabilidade, emotividade e

---

Guarda y Custodia y Adopcion. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia. Madrid : Neografis, 1985, p. 100.

583 BALAGUER, Irene Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p. 110.

584 BALAGUER, Irene Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p. 110.

585 BALAGUER, Irene Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p. 110.

586 BALAGUER, Irene; Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p. 110.

personalidade[587], revelando o que é na essência um Estado Social e Democrático de Direito.

4.7 O Supremo Tribunal Federal e a Responsabilidade Objetiva do Estado na Efetivação do Direito Social na Primeira Infância no Brasil

Por derradeiro, o Supremo Tribunal Federal de forma tardia desperta para a questão, ao decidir em 23 de agosto de 2011[588], em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, advindo do Estado de São Paulo, que o Município de São Paulo tem o dever jurídico de efetivar o Direito Social à Educação na Primeira Infância. Para tanto a decisão e voto do ministro relator Celso de Mello são comentadas.

Tal decisão é instrumento judicial que poderá transformar a inserção da criança na primeira infância no Brasil. E para melhor entendimento da mesma, necessário se faz tecer algumas linhas sobre a realidade social posta por organismo estatal, social e veículo de comunicação com relação ao tema.

No que se refere à organismo estatal, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estátistica (IBGE)[589], destacou que embora no ano de 2012, tenham ocorrido 182.249 matriculas na pré-escola no Município de São Paulo, não disponibiliza informações concretas no ensino da primeira infância, ao misturar tal serviço com pré-escola. Mecanismo este que reflete a falta de transparência e o descaso governamental de órgãos estatais alheios aos anseios infantis.

No posicionamento de parcela da imprensa, o site G1[590], veiculou notícia em 2014 que a falta de vagas públicas na primeira infância gera filas. Mas em São Paulo, 110 mil crianças esperam por uma vaga. A reportagem deixa evidente que

---

[587] BALAGUER, Irene Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p.194.

[588] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO.** http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428. Acesso em 20 de abril de 2016.

[589] BRASIL.**IBGE**.http://cidades.ibge.gov.br/comparamun/compara.php?lang=&coduf=35&idtema=117&codv=V14&search=sao-paulo|sao-paulo|sintese-das-informacoes-2012. Acesso em 10 de junho de 2016.

590 Brasil. **G1**. http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/07/falta-de-vagas-em-creches-publicas-gera-fila-de-espera-em-varios-estados.html. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

deixar o filho na escola da primeira infância é um direito garantido por lei e por isso muitas mulheres estão recorrendo à justiça para conseguir uma vaga. Citou a cidadã Manuela Barbosa Mendes, auxiliar administrativa, quem ora na Zona Leste de São Paulo, e trabalha do outro lado da cidade. Mesmo a poucos metros de uma escola de educação na primeira infância, ela não consegue vaga para deixar o filho de um ano e meio. Sem vaga, o filho Fernando cada dia numa casa: com amigas da mãe, com a tia, parentes do pai e estranha, claro. Cada um tem sua responsabilidade. Eles fazem favor, mas é difícil cuidar dos filhos dos outros. É muita responsabilidade. É muito complicado. Eu teria que desistir do trabalho, esperar vaga na primeira infância - governo ou prefeitura disponibilizar. Isso não existe. Trabalho não espera. Oportunidade para mim. Comecei a trabalhar. Mas está complicado sem vaga pra ele", conta. A falta de vagas em creche é um problema enfrentado por muitas mães no Brasil. Em São Paulo, 110 mil crianças esperam por uma vaga em creches.(...) De cada dez pessoas que vão à Defensoria Pública de São Paulo, uma quer vaga em creche. Com apoio da Justiça, o nome da criança vai para uma lista especial, e ela passa a ter preferencia em relação a outras crianças que não têm liminar. A questão do justo é difícil. Ela gera uma situação de distorção, porque às vezes uma criança que não solicitou a vaga na Justiça, ela acaba passando para trás na fila, porque outras crianças que estavam atrás dela entraram com ação na Justiça e acabaram passando na frente. Uma distorção aprovada pela Justiça, mas desaprovada socialmente", fala o defensor público de São Paulo, Luiz Felipe Fagundes.

Quanto a realidade social de não Efetividade do Direito Social a Educação na Primeira Infância no Brasil, por organização não governamental, Associação de Auxílio Mútuo da Cidade de São Paulo[591], em 12 de março de 2016, quando comemorado na cidade de São Paulo um ato pelo dia Internacional das Mulheres, as autoridades foram bastante cobradas pela falta de educandários para a primeira infância, no Município mais rico do país. Vale lembrar que o direito social à primeira infância é um direito assegurado na Constituição e não existirá boa educação sem um modelo eficiente, que atenda a demanda de mais de 120 mil crianças de zero a cinco anos, que hoje estão na fila de espera por uma vaga na cidade de São Paulo.

[591] BRASIL.. **Associação de Auxílio Mútuo da Região Leste**. Nossa São Paulo. http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/14279. Acesso em 15 de junho de 2016.

Outro aspecto da omissão estatal é assentada na criação de cadastros em que mais de cem mil crianças estão cadastradas no município, e acredita-se que existam mais de 50 mil crianças não cadastradas, seja por desinformação da família, ou porque, diante da falta de vagas, os pais procurem outras soluções ou desistam de cadastrar os filhos. Outra crítica que se faz que diz respeito a inexistência de transparência quando da formação do Índice de Desenvolvimento Humanos (IDH), ao não revelar os valores da educação infantil como critério de resultado desde índice.Merece destaque que crianças que não freqüentaram escolas de educação infantil têm dificuldade para se adaptar ao ambiente escolar e são mais lentas no aprendizado. Logo o ensino fundamental será mais eficiente se todas as crianças vierem com aprendizados acumulados nas escolas de educação infantil. De um modo geral a educação na primeira infância prepara a criança para a vida coletiva e desenvolve o gosto pelo aprendizado, que é um direito previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por revelação, tem-se que quando falta educação na primeira infância, gera outro problema social que é o desemprego, vez que uma das partes do casal é obrigada a cuidar dos filhos. A oferta adequada de creche é uma excelente política pública educacional de inclusão social. Primeiro porque transfere renda para a família. Estima-se que uma criança na creche receba por meio dos cuidados e trabalhos educativos, alimentação, etc, cerca de R$500,00. Trata-se de salário indireto. Mas há um impacto positivo maior na família, pois permite que os pais trabalhem sem que deixem os filhos em situação de vulnerabilidade aos cuidados de terceiros. “Não dispomos de informações que permitam comparar com cidades de outros países, mesmo por que não cremos que existam pesquisas comparativas sobre o tema. Mas sabemos que na Inglaterra e Canadá, por exemplo, crianças de até cinco anos de idade já estudam história, geografia, informática, etc. Em São Paulo os recursos aplicados em creches na cidade de São Paulo são mínimos. Não atinge nem 2% do orçamento municipal. Num comparativo, uma Ponte Estaiada, por exemplo, consome mais recursos do que na educação na primeira infância. Ou um túnel de quase 2 bilhões de reais que se deseja construir na Avenida Roberto Marinho, tem o orçamento quatro vezes maior que o investimento anual em creches que é de 671 milhões anuais.Se for investido o dobro do orçamento atual, em poucos anos a carência de vagas em creches será eliminada. A educação vem do

berço. Por isso, já passou da hora de colocar o sistema de educação infantil no mesmo patamar de importância do ensino fundamental. O investimento em educação na primeira infância impacta positivamente a vida das crianças e de suas famílias além de facilitar a vida dos pais em seu trabalho e afazeres. As crianças iniciam seu relacionamento coletivo infantil na creche, por meio de atividades pedagógicas elas se desenvolvem rapidamente e chegam ao ensino fundamental praticamente alfabetizadas. Fora da creche, as crianças perdem um tempo precioso da vida educacional.

Volta-se a Decisão do Supremo Tribunal Federal citada para assseverar que a Educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, entregue à criança, dotando-a de condições para o alcance de sua progressão e desenvolvimento integral, ao constituir-se em etapa inicial e obrigatória no processo de educação com vagas na primeira infância (CRFB/1988, art. 208, IV). Para o Ministro Celso de Mello, Educação infantil deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola.

Reitera-se que a Educação infantil, se constitui direito fundamental da criança, sem nenhum critério de discricionariedade dos poderes públicos e nem vincular-se a razões de puro pragmatismo governamental, ao obrigar as administrações inseridas no pacto federativo, e, em especial, os Municípios.

Tem-se que o direito social à educação na primeira infância é prerrogativa jurídica, impondo ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação na primeira infância, a obrigação constitucional de estabelecer condições objetivas que possibilitem, de forma derradeira, em favor da primeira infância (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em escolas da primeira infância. Caso contrário, revela-se uma verdadeira omissão governamental, que obstacula riza, por omissão, desinteresse ou inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de medida prestacional posta na CRFB/1988. A afirmação de que se trata de norma com caráter programático**,** não subsiste em seus conceitos, vez que impõe, mesmo que tardio ou pelo reconhecimento de que estas exigem um programa normativo, que exponha a ação do Estado para a Efetividade de direitos com caráter cogente, como no caso do art. 208, IV. Assim, ao contrário do que

rotineiramente pensam os entes federados, as normas programáticas vinculam e os obrigam, sob pena de frustrarem as esperanças depositadas na norma constitucional.

Dentro da estrutura federativa anômala, que coloca o Município como grande responsável pela efetivação do direito social à educação na primeira infância, revela-se o dever de atuar, prioritariamente, na educação da primeira infância (CF, art. 211, § 2º). No caso tratado, trata-se do Município de São Paulo em que no seu voto, Celso de Mello

> afirmou que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal na matéria ora em exame. Com efeito, tal como ressaltado na decisão ora agravada, o recurso extraordinário a que se refere este agravo foi interposto contra acórdão, que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado (fls. 1.697):"APELAÇÃO – Reexame Necessário – Ação Civil Pública – Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência – Cabimento – Direito Fundamental, líquido e certo – Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República – Necessidade de harmonia como o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV,e 37 da Constituição Federal) – Princípio da Isonomia que impõe o respeito ao direito de todas as crianças – Normas constitucionais de eficácia plena – Direito universal a ser assegurado a qualquer criança que dele necessite – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Multa cabível e proporcional – Não provimento do recurso e do reexame necessário.

Destaca-se que não há possibilidade de se excusar do cumprimento da determinação constitucional, juridicamente vinculante, que lhes é afirmada pelo art. 208, IV, da CRFB/1988, e que se apresenta como indicador de freio na discricionariedade político-administrativa dos Municípios, mas sim de determinação para atendimento a crianças na primeira infância(CRFB/1988, art. 208, IV), sem comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a Efetividade de direito social relevante. No pensar de Celso de Mello,

> os Municípios que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-

> administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

E por fim, insistindo na abordagem deste voto,

> Tenho que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pelo Município de São Paulo, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a matéria ora em análise.

Na esfera de atuação dos poderes republicanos, abre-se o caminho para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância pelos trilhos de decisões judiciais, outorgando ao Poder Judiciário o encargo de distribuir justiça com a revelação da integridade dos Direitos Sociais, estabelecidos na estrutura constitucional. Assim, quando os poderes Legislativo e Executivo não criam e formulam por norma jurídica as premissas para a execução de políticas públicas, revelando sua inaptidão com os encargos político-jurídicos de caráter impositivo justifica-se a atuação judicial. Para Celso de Mello

> Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de Direitos Sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

No que se refere à atuação do poder judiciário em intervenções de cunho notadamente social, em que o incremento de política pública de governo esteja na essência dos preceitos constitucionais, e, em especial no direito social à educação na primeira infância (RTJ 199/1219-1220), tem-se legitimada sua atuação, por decisão judicial, dirigida a neutralização de efeitos lesivos e perversos, que,

revelados pelo descaso estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à infância.

Quando os poderes públicos se omitem de efetivarem o texto constitucional, em verdade, infringem, com atuação que desprestigia o cumprimento constitucional, revelando a erosão da consciência constitucional.

Pensar que passados mais de quarto de século de promulgação da CRFB/1988, persiste a inércia estatal em adimplir as determinações constitucionais, impõe o pensar sobre real ato de desprezo pela autoridade constitucional, vez que nocivo diante de posição tomada em descumprí-la, pautando o governo pelos interesses que lhe convém de forma ajustada a sua conveniência, em detrimento dos interesses maiores da primeira infância. Para Celso de Mello, a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais, traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. E quando ocorre o desprestígio da Constituição aparece aspecto deprimente de patologia constitucional, revelando desprezo, por parte das instituições governamentais, da norma constitucional.

Ponto central da discussão no Supremo Tribunal Federal, quanto a efetivação do direito social à educação na primeira infância diz respeito aos vetores da reserva do possível, intangibilidade do mínimo existencial com a decorrente questão das escolhas trágicas.

Na seara das escolhas trágicas, tem-se que, quando não bem formulado o orçamento público, excluindo a aplicação de recursos para o direito social à educação na primeira infância, ou ainda, sabendo que os recursos possam ser escassos, visualiza-se uma situação trágica, instaurando conflitos entre as políticas públicas insculpidas constitucionalmente e a implementação de Direitos Sociais assegurados na CRFB/1988. Desta situação, cabe ao Estado superar estas dificuldades ao optar pela efetivação de determinados valores, excluindo outros, em razão da insuficiência de “disponibilidade financeira e orçamentária, tendo que proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo

parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real Efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental", como afirmada na decisão do Supremo Tribunal Federal em tela. Ademais destaca-se que, considerada a criança como sujeito de direitos, adulto em perspectiva, vulnerável diante dos governantes, mas emancipada por direitos que são prerrogativas constitucionais(direitos social à educação na primeira infância) não há mais espaço para não fruir de seus direitos, em razão da tese assentada nas escolhas trágicas.

A Cláusula da reserva do possível em matéria de direito social tão relevante e vinculado à educação não encontra mais espaço nas decisões judiciais, revelando que não mais deve ser invocada pelo Poder Público. Porém se invocada for, tem a premissa única de fraudar e inviabilizar a execução de políticas públicas em prol da infância e definidas pela CRFB/1988. No mesmo sentido "encontra insuperável limitação na Garantia Constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana".

Para Sarlet, em 1998, quando passados dez anos da CRFB/1988, na primeira edição de sua obra "A Eficácia dos Direitos Fundamentais" revela que a Cláusula da Reserva do Possível decorre do direito alemão, quando da decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, desde o caso *numerus clausus*, versando sobre o direito ao acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência, no sentido de que a prestação reclamada, deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Diz Ainda que

> A colocação de Direitos Sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.(...)já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação destes direitos. Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas,

> que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos Direitos Sociais a prestações sob o que se denominou de uma "reserva do possível", que compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma[592].

No mesmo sentido Scaff afirma, quanto à reserva do possível que o orçamento tem um condão de harmonização econômica, mas que o cidadão pode exigir seu direito da coletividade, que através do legislador, por sua responsabilidade, deve incluir no orçamento público o atendimento a sua demanda, no caso a concretude do direito social à educação na primeira infância[593]. Neste norte, não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, utilizar a claúsula da reserva do possível, para manipular indevidamente sua atividade financeira e/ou político-administrativa, sendo altamente censurável a frustração que advir deste ato, tornando sem Efetividade direito tão relevante a infância.

O princípio do mínimo existencial, fundamenta seu conceito nas implicitudes dos art. 1º, III (dignidade da pessoa humana) e art. 3º, III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) da CRFB/1988. Este princípio gera e estabelece uma ampla gama de possibilidade para a efetivação de direitos, ao garantir uma existência repleta de direitos, com o condão de ter prestações positivas. Estas, por sua vez se originam do Estado, com o dever, de viabilizar a plena fruição de Direitos Sociais básicos, como o direito o direito social a educação na primeira infância. É um conceito vinculado à dignidade da pessoa humana e que estabelece premissas mínimas de existência, considerando no caso, sua incidência da educação infantil. Outro destaque como já visto na parte I, revela a possibilidade de produção de norma jurídica, diante do Federalismo Assimétrico, para atender a infância vulnerável que necessita subsidiariamente do Estado na criação de vagas nas escolas de educação infantil.

Michel Prieur conceitua o princípio da proibição do retrocesso, ao reconhecer a hesitante doutrina em firmar esta terminologia, admitindo também expressões como "princípio do não retrocesso", ou princípio do "standstill", como na

---

[592] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 260-261.

[593] SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivias, direitos sociais e reserva do possível**. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.) **Direitos humanos em concreto.** Curitiba, PR: Juruá, 2008. p.112-113.

Bélgica, ou “efeito cliquet” (catraca) na França, ou “eternity clause” na Ingraterra, ou ainda de prohibicion de regresividad o de retrocesso, na Espanha, já no Brasil, o termo se vincula à expressão “proibição de retrocesso” como afirmado na decisão do STF analisada neste capítulo. Em princípio pode-se considerar o princípio da proibição do retrocesso como sendo a intangibilidade dos direitos fundamentais. Porém,

> Utilizaremos, pois, a fórmula do “princípio da não regressão”, para demonstrar que não é uma simples cláusula ou mera regra, mas sim um verdadeiro princípio, é também a expressão de um dever de não regressão imposto ao Poder Público. Utilizando-se da “não regressão” no que tange ao meio ambiente, procura-se sobrelevar os degraus na proteção do meio ambiente e que os progressos legislativos consistem numa segurança “progressiva” da proteção mais elevada possível do meio ambiente no interesse coletivo da humanidade, da mesma maneira que existe a progressão dos direitos humanos[594].

Neste norte, o princípio da proibição do retrocesso impede que em temáticas de direitos fundamentais, como no caso do Direito à Educação na infância (direito social), ocorra desconstruções de direitos, alcançados pela Sociedade ao longo do tempo. Portanto, não se pode aceitar retrocesso em matéria de direitos que esperam atuação positiva dos Estados com a prestação do direito entregue ao cidadão. Um Estado democrático e social de direitos, de cunho republicano, com um Federalismo Assimétrico, sintomaticamente o Estado reconhece os direitos prestacionais, assume o dever inconteste de efetivá-los, ou caso contrário, revela-se um omissor e frustra o preceito normativo constitucional de Direitos Sociais, já concretizados normativamente. Para Celso de Mello,

> O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos Direitos Sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Entretanto, quando o Estado, por seus entes federativos, e no caso em tela, o Município não cumpre com suas atividades prestacionais de proporcionar

---

[594] PRIEUR. Michel. **O Princípio da “Não Regressão” no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente** in Novos Estudos Jurídicos. Itajaí ; Vol. 17, n.1 Itajaí/SC : Editora Univali , 2012, p. 3.

efetivamente o direito social à educação na primeira infância, o poder judiciário tem plena legitimidade para decisão judicial. Neste caso, obriga-o a cumprir o texto normativo constitucional, inclusive com as “astreintes” decorrentes do novo código de processo civil, em seu art. 537, vez que inexiste obstáculo jurídico processual à sua utilização, destacando-se como instrumento jurídico coercitivo na decisão judicial.

Por certo o legislador se portou na produção normativa à educação infantil, como programa obrigatório a ser implementado pelos poderes constituídos, com a adoção plena de políticas públicas responsáveis em favor da infância carente, diante da injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento nas escolas dirigidas a primeira infância.

Considera-se a infância vulnerável, já que não pode por seus familiares e Sociedade, adimplir com o direito social à educação na primeira infância e, por isso, garantir este direito pela norma jurídica orçamentária, ou em sua falta, pela ação do Ministério Público e decisão do Poder judiciário, da qual Celso de Mello assim se manifesta, ao afirmar

> que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

A importância da decisão judicial como a comentada neste capítulo é imprescindível pois o Supremo Tribunal Federal vem combatendo a omissão e inércia governamental conferindo real Efetividade ao direitos social à educação na primeira infância. Esta ação viabiliza a fruição de direitos fundamentais cuja realização era negada de forma espúria e injusta pela arbitrariedade e discricionariedade do poder público. Considera-se ainda, que a decisão judicial se constitui em ferramenta relevante para aqueles que buscam dar plenitude a criança como verdadeiro sujeito de direitos reconhecido pelo Estado.

Roga-se também por uma renovação das práticas políticas dos administradores públicos por estarem diretamente vinculados às políticas públicas normativas constitucionais estabelecidas, para que se possa alcançar a justiça social.

O capítulo 4 adentra nas nuances constitucionais e infraconstitucionais para a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância. Desta forma, reconhece a criança como sujeito de direitos desde o nascimento, passa a receber a proteção estatal, sugere ainda a adoção do protecionismo renovado, bem como a superação das gerações de direitos diante dos Direitos Humanos Emergentes que geram uma nova Cidadania, dita cosmopolita. Estabelece conceitos basilares da infância, como a proteção integral e interesse superior do menor, adentrando ainda na seara de atuação, participação e responsabilidade dos poderes públicos e instituições. Por derradeiro apresenta o exemplo espanhol quanto a Efetividade do direito à escola na primeira infância e, ao final, analisa decisão do Supremo Tribunal Federal que impõe aos Municípios a concretude plena do direito social à educação na primeira infância, como forma de implementação plena do princípio republicano no Brasil, que induz ao Estado Democrático e Social de Direito, latente na CRFB/1988.

CONCLUSÕES

A presente Tese se encerra com as Conclusões nas quais são apresentados pontos dos estudos e das reflexões realizados sobre a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil .

No momento inicial, busca-se agregar ao conceito de Estado de Direito o caráter democrático e social**,** revelado pela CRFB/1988, compreendendo que o republicanismo revela a essência da norma fundamental brasileira, propiciando uma Cidadania Ativa e alicerçada no Federalismo com a produção de normas assimétricas para a efetivação de direitos fundamentais. Momento que se evidencia o desrespeito e inércia dos Poderes Constituídos e suas instituições num País em que gerações conformam-se com a impunidade, burocracia, inflação legislativa e corrupção.

No segundo capítulo verifica-se que o direito é ferramenta basilar dos Estados Democráticos de Direito e Sociais, e no Brasil, fundamentais para a defesa dos direitos infanto-juvenis, as declarações e normas internacionais recepcionadas ou ratificadas, porque representam a possibilidade de dar guarida a estes sujeitos de direito. Constata-se ainda que as declarações internacionais sobre direitos humanos são compromissos políticos, não cogentes, e, os Tratados internacionais (convenções, pactos) são normas cogentes Assim, as normas jurídicas internacionais, como o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 são os grandes referentes instrumentalizados para a Efetividade dos Direitos da Criança à Educação em Creches no Brasil, já que se consideram normas supralegais e podem inferir responsabilidade à Administração Pública. Ressalta-se que em 2016 a Comissão de Direitos Humanos da ONU, ao examinar o Direito à Educação no Chile, exalta a postura do Govenro local no atendimento as premissas da educação como indicadores de Estados que adotam o republicanismo como indexador do Estado Democrático e Social de Direito.

No terceiro Capítulo,visulizam-se os direitos da criança e do adolescente na CRFB/1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas normas orçamentárias como instrumentalizadores para a Efetividade dos Direitos Social à

Educação na Primeira Infância. Nesta ótica, observa-se que a doutrina da proteção integral se coloca de forma manifesta **,**quando determina que a atuação dos poderes públicos seja revelada pelas assertivas do privilégio, prioridade e precedência de recursos para atender as demandas da infância.

Por derradeiro, o capítulo 4 expõe com plenitude a tese, ao partir da criança como sujeito de direitos desde o nascimento, em que revela o Direito Social à Educação na Primeira Infância.

Desta forma, não se pode aceitar que a criança, como sujeito de direitos, tenha logo ao início de sua existência o descaso estatal, sendo recepcionada pelo Estado, quando busca a Educação na Primeira Infância, por um cadastro e fila de espera. Esta situação, na verdade, corresponde a prática existencial dos adultos, injusta tal conduta com aqueles seres que desde o nascimento esperam por uma Educação digna.

Afirmou-se que a Educação tem significado e deve-se entendê-la como um processo em que a criança deve ser respeitada por seus educadores, família e Sociedade, mas que se atribui o dever do Estado diante da capacidade progressiva infantil. É pela educação que a criança recebe a orientação para que chegue a idade adulta com a personalidade plena. A função social da Educação é um elemento que auxilia na tarefa de justificar sua prática desde o nascimento, justamente porque a maioria das Sociedades pensa que a Educação deve formar pessoas de maneira a conseguirem desenvolver suas qualidades, capazes de exercitarem adequadamente suas funções no futuro. E para esta formação, o aproveitamento máximo da infância serve para a aquisição de valores, conhecimentos e habilidades essenciais para formar o futuro adulto.

Repete-se que Educação corresponde a Direitos Sociais, que por sua vez, é conjunto de prestações que o Estado deve às crianças para que estas tenham condições de participar da Sociedade e do Estado em condições de igualdade. No que tange à responsabilidade do Estado, é dever deste, garantir a todos a Educação na infância, quer por recursos próprios e exclusivos**,** decorrentes de seus orçamentos, para aqueles que não têm condições de pagá-lo, como normatizar e regulamentar a atividade educacional na primeira infância para a iniciativa privada,

fazendo que sua Efetividade seja plena.

Notadamente as normas jurídicas concernentes à infância se revelam com o *Double Standard* (que divide normativamente as idades), e por isto verifica-se que a Primeira Infância ocorre de zero a três anos, própria para o ingresso em escola de educação infantil.

E quando se efetiva o Direito Social à Educação na Primeira Infância, verifica-se a concretização dos direitos fundamentais que podem também ser vistos em decorrência dos instrumentos político-jurídicos que entregam à criança o desenvolvimento de sua personalidade desde o nascimento.

Na esfera da inserção de teorias educacionais para a primeira infância, verifica-se que o protecionismo renovado, é implementado na Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

O Protecionismo Renovado, aparece nas últimas décadas do século XX, e considera que o atendimento da pessoa deve ocorrer em todas as fases de sua vida, respeitando sua individualidade , principalmente quando passa de uma imatura racionalidade, impossibilidade de fala e falta de experiências, na Primeira Infância, a uma grande maturidade racional e com aquisição de experiências na adolescência, bem como o estabelecimento de limites de idades para a assunção de direitos e deveres. Verifica-se, portanto que, no Protecionismo Renovado, as opiniões representam importante elemento para determinar o melhor interesse da criança.

No aspecto educacional, a Educação mínima é obrigatória para todas as crianças, sendo que no protecionismo renovado do Estado Social de Direito, ocorre o reconhecimento do objetivo básico da educação para o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Tal situação decorre do entendimento de uma educação mínima obrigatória que impõe a garantia do direito social à educação a este tipo de Estado.

Como se percebe, as ideias básicas do Protecionismo Renovado estão conforme a instauração do Estado social de Direito, que aponta para um novo modelo de Sociedade e Cidadania. Esta identificação é resultado do modelo de Sociedade que surge com a construção do Estado Social de Direito, e forma-se **,**

atendendo a especial configuração de quatro valores básicos, que representam o trânsito à modernidade da ética pública: liberdade, igualdade, segurança e solidariedade.

Ao se observar as contextualizações, percebe-se que no Brasil, surge no cenário normativo **,**na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (com a doutrina da proteção integral), o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/90 e as normas orçamentárias que vêm para atribuir às crianças e adolescentes uma possibilidade de Cidadania se seus direitos, quando efetivos. Neste sentido, as proteções normativas revelam dois fortes pilares indissociáveis, destes: a concepção da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e a afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Revelou-se que **,**se o ordenamento jurídico é um instrumento republicano a favor das Democracias sociais e de direito, deve atender os anseios da evolução de sua Sociedade. Quando as normas são produzidas representam a possibilidade de efetivar direitos e, no caso, o direito social à educação na primeira infância, justifica-se por si, a importância de compreender que a criança necessita de uma proteção legal especial. Quando da formulação da norma jurídica deve-se levar em conta de que os poderes públicos estão atentos ao conteúdo, com o dever de irradiar, no contexto social, uma aplicação que contemple o ideário destacado.

É fundamental atribuir-se significado a causa da infância, pelo caminhar de maior visibilidade social que tem provocado a transformação da opinião pública em geral e uma tomada de consciência do papel ativo que Estado, Sociedade e Família devem ter na busca do pleno desenvolvimento da criança. Com relação a possibilidade de Efetividade dos direitos infanto-juvenis, o problema passa pela forma de ser do espectro social em que o isolamento e a solidão se revelam de forma a compreender que a dita pós modernidade encerra um contexto de falsa comunidade. E em razão disto compreende-se porque parcela da sociedade não se ocupa ou desenvolve práticas que procurem abordar a temática infanto-juvenil, revelando a postura de não exercitar a tarefa de defensores destes direitos.

Assim atribuir-se à criança proteção legal especial é assumir que os adultos não reconhecem e praticam a atenção necessária a crianças, esquecendo-

os como o próprio futuro da Sociedade. No que se refere ao princípio da Proteção Jurídica, dado pela CRFB/1988, tratados Internacionais e normas infraconstitucionais, tem-se que na proteção aos direitos infanto-juvenis, as administrações públicas devem guiar-se pelo princípio da subsidiariedade progressiva, dando real atenção as demandas quando a criança está desprotegida. Quanto ao *status* jurídico das crianças e adolescente, é imperioso destacar que são sujeito de direitos**,** exercitando sua existência de forma plena. Porém diante das suas incapacidades para efetivação dos direitos, necessita de ações qualificadas daqueles que os representam ou assistem. Aponta-se ainda, situação peculiar infantil que**,** para efetivar seus direitos **,**depende da capacidade progressiva, às vezes dependente inclusive da boa atuação das autoridades públicas, estabelecida que por vezes a criança tem a capacidade para ser titular de direitos e por vezes capacidade para o exercício de direitos.

Quando se examinam as atividades da administração pública se percebe que as prerrogativas constitucionais não podem ser esquecidas, ou não utilizadas de forma prática. Se por um lado servem para o exercício do poder e permanência na esfera administrativa, por outro revela a força normativa que deve ter uma prerrogativa constitucional.

Imprescindível reflexionar sobre as razões do investimento na infância**,** associadas integralmente a estes serviços, destinados à primeira infância, como estímulo no desenvolvimento emocional, físico e verbal da criança, relevantes para crianças vulneráveis. Assim desenvolvem suas capacidades e aproveitam a escola desde o primeiro dia. Para tanto, investir em serviços da primeira infância contribui para a redução da discriminação, desigualdade e rompe com cadeias de gerações desasistidas pelo Estado.

Ao se apresentar o conceito de resiliência demonstra-se a imperiosa necessidade de atribuir Efetividade ao direito social à educação na primeira infância. Conceito este que decorre da constatação de que algumas crianças e adolescentes resistem melhor que outras aos problemas e adversidades da vida. Afirma-se que a resiliência infantil é a capacidade da criança e adolescente poderem aprimorar seus recursos naturais em razão do desenvolvimento possibilitado pelos adultos quando satisfazem suas necesidades e a respeitam como sujeito de direitos.

Na esfera de proteção à primeira infância, tem-se que a resiliência primária constitui-se nos primeiros quatro anos de vida tendo importância em razão do desenvolvimento sadio, decorrente dos cuidados com a estimulação, proteção e afeto que os adultos entregam às crianças. Esta serve para as crianças que têm pais, tutores e irmãos que as envolvem em relações afetivas e de qualidade, acolhendo-as com respeito incondicional, integrando-as ao modelo educativo e aos valores construtivos e fraternos a uma identidade e autoestima sadias. Estes são os pais competentes que as protegem do conteúdo traumático dos contextos de pobreza, violência, e falta de serviços públicos às demandas sociais.

De outro modo, verifica-se e identifica-se a resiliência em crianças, filhos de pais e mães, ou tutores e irmãos que não puderam desenvolver suas competências. Isto ocorre pela ausência das instituições e da Sociedade. Por isso, os pais maltratam seus filhos por não terem os nutrientes e recursos necessários para transformar seus dramas e tragédia em projeto de vida sadio e produtivo, referendados e dirigidos a seus filhos. Fruto dos conceitos de resiliência primária e secundária se faz necessário estabelecer programas de prevenção e tratamento daquelas crianças que têm sua primeira infância furtada pelos adultos, que não estabelecem por si, pela Sociedade ou pelas instituições estatais entornos de proteção e atenção aos seus direitos, e, especialmente ao direito social à educação na primeira infância. A responsabilidade da criação destes entornos é do Estado, como também, o desenvolvimento de programas de recuperação do sofrimento de crianças que são vítimas da violência institucional, cultural, social e econômica. Por certo, trabalhar a resiliência se constitui em caminho de transformação, tendo em vista que as situações vividas podem ser superadas, ressignificando a criança inserida no coletivo. Para tanto, se faz necessário desenvolver acerca do conhecimento de instrumentos e instâncias político-administrativas-jurídicas que devem proteger e garantir a Efetividade dos direitos, trabalhando o desenvolvimento da resiliência ao construir a Cidadania infantil.

Revela-se assim o princípio geral de proteção à infância, fonte inspiradora da produção de normas com relação à criança e ao adolescente. Desta forma, a administração pública deve considerar o interesse superior da criança para a Efetividade dos direitos infanto-juvenis, delineando a sua atuação, com consideração as zonas de certeza positiva, negativa e de incertezas como já consideradas, bem

como, no controle destes, pelo Poder Judiciário, com o intuito do desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente .É possível definir-se o interesse superior da criança e do adolescente como um conceito jurídico indeterminado, porém se distinguindo em: núcleo fixo de certeza positiva, tendo segurança quando se movimenta o conceito e uma zona de certeza negativa, também segura quanto a exclusão do conceito e, por fim a uma zona intermediária ou de incerteza. Por tanto, precisa-se identificar o conceito em cada uma destas zonas. Faz-se necessária esta abordagem, pois a norma jurídica não conceitua de modo claro, objetivo e conciso o que significa o interesse superior do menor. No que se refere à zona de certeza positiva, nota-se que ela ocorre quando a administração pública adota uma decisão concreta a respeito da criança e do adolescente, de modo individual, garantindo seus direitos fundamentais e de caráter pessoal e os bens e valores que possuem, como sua dignidade, o direito a vida familiar e o direito a educação, entre outros, ao contribuir para o desenvolvimento pleno da personalidade. Este constitui o núcleo fixo de certeza positiva do conceito indeterminado examinado. Quanto à zona de certeza negativa do interesse superior da criança e do adolescente, inside em todas circunstâncias que supõe lesão ou prejuízo dos direitos fundamentais das crianças e adolescente situando-se em zona de incerteza negativa do conceito de interesse superior da criança. Avançando, verifica-se que o próprio legislador indica situações contrárias ao interesse superior das crianças, na medida que são constitutivas de situação qualificada como risco, desamparo ou dificuldade social.

E por derradeiro a zona de incerteza é aquela em que o aplicador da norma busca a decisão mais adequada **,**tendo em conta o caso concreto e peculiaridades para que se respeite o melhor interesse da criança. Esta teoria revela que na aplicação da norma, deve prevalecer o interesse superior da criança e do adolescente fazendo crer que casos devem ser examinados e fundados no ordenamento jurídico.

Na esfera de atuação e relacionamento entre os poderes constituídos, merece o aporte da inter-relação entre o poder executivo (que deve relativizar sua independência) e legislativo, e assim conciliar os melhores interesses do direito a favor da criança e adolescente, ao considerá-los como bens essenciais do Estado Social, reforçando desta forma, a independência e separação dos poderes, em que o judiciário segue com a função jurisdicional, tipicamente estabelecida. No mesmo

sentido é certa a assertiva de que o Ministério Público possui dever de controlar os atos da administração pública e fiscalizá-los, exercitando assim a vigilância sobre os direitos da infância.

No que se refere às instituições com o dever de proteger a criança, é possível afirmar, que, embora a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, vigente no Brasil como norma supralegal, não determine quem tem a tarefa de protegê-los. É a UNICEF, que através de seu Centro de *Investigación Innocenti* estabelecido em Florença na Itália, elege o promotor como o defensor dos direitos da infância. E como já afirmado embora o termo promotor tenha diferentes conceituações no âmbito nacional dos Estados, no Brasil vem ao encontro do Promotor de Justiça e suas atribuições e competências definidas nos artigos 127 e 129 da CRFB/1988.

Assim, notadamente o defensor da infância vulnerável no Brasil é o Ministério Público que tem a tarefa de nortear sua atuação contemporânea, em função prática e procedimental para a efetivação da proteção integral da criança e do adolescente, especialmente quanto ao tema da primeira infância. Do mesmo modo que diante da dificuldade de efetiva atuação dos poderes públicos para a Efetividade dos direitos da criança e do adolescente cabe à sociedade organizar-se de forma positiva, para exigir o respeito às normas jurídicas que estabelecem a doutrina da proteção integral como norte a seguir.

Por certo as atribuições relativas aos direitos infanto-juvenis perpassam a esfera da família e da sociedade, indo ao encontro da administração pública como grande atriz para a proteção e garantia dos direitos. Nesta seara, sua preparação, atuação e responsabilidade devem com certeza, se sobrepor à inércia, omissão ou descaso no trato da questão. Contemporaneamente não se pode esquecer de cumprir com as obrigações constitucionais e infraconstitucionais impostas ao Estado, sob a esfera da norma programática, da promessa futura, da reserva do possível, ou qualquer outra modalidade de descumprir os preceitos básicos de uma sociedade aprimorada e educada que passa obrigatoriamente pela identificação, reconhecimento e respeito a este sujeito de direitos que são crianças e adolescentes. Do mesmo modo, deve identificar as crianças que realmente são vulneráveis e precisam da atuação subsidiária do Estado, vez que se a família e a

Sociedade podem salvaguardar seus direitos em capacidade progressiva não se faz necessária à atuação do Estado.

Assim, os poderes públicos têm uma função protetora para proteção da infância em casos de desamparo e exclusão social, por exemplo na falta do direito social à educação na primeira infância. A atividade protetora da administração pública, deve sempre ter o caráter gradual ou progressivo, regendo-se como afirmado pelo aspecto principal da subsidiariedade progressiva, sempre respeitando as obrigações normativas da família. Portanto, a atuação administrativa protetora precisa ter um caráter gradual, e condiciona-se o alcance das medidas de proteção pelo nível de desatenção que se atribui à criança ou adolescente.

O controle judicial da administração pública quanto à matéria de proteção à infância e juventude deve ser dinâmico porque é dever acompanhar as medidas tomadas para a Efetividade dos direitos infantis, principalmente no trato da primeira infância.

A fim de visualizar-se a possibilidade de efetivar direitos infanto-juvenis, é imprescindível que ocorra previsão orçamentária, como estipulam as diretrizes da administração pública. Para tanto a prioridade faz-se presente quando atendidos os pressupostos da realidade concernentes às necessidades da criança e do adolescente. Com isto se revela que o Direito Social à Educação na Primeira Infância tem a proteção pública de forma plena, sendo inexcusável o descumprimento. Esta atividade protetora do Estado deve caracterizar-se pela realização de políticas públicas que possam modificar a situação de inércia dos poderes públicos em compreender a importância do tema. Portanto, deve-se revelar que política pública não é um conjunto de planos ou programas fundados em possibilidades, mas sim a concretude do pacto social, manifestada em critérios e ações que resolvam as demandas da infância. Em definitivo, as políticas públicas em benefício de crianças e adolescentes, necessitam manter o enfoque de que as intervenções do Estado se apresentem como verdadeiro procedimento inclusivo de construção cidadã, pautada na Democracia e no Estado de Direito Democrático Social, induzidos pela República.

Em sequência, destaca-se que o princípio da prioridade orçamentária, assenta-se nos planos plurianuais, nas leis de diretrizes orçamentárias e nas leis orçamentárias anuais dos entes federados e se revelam como condão para a realização efetiva dos direitos infanto-juvenis, sendo imprescindível que ocorra sempre previsão orçamentária, que estipule as diretrizes da administração pública. Para tanto a prioridade se faz presente quando atendidos os pressupostos da realidade concernente às necessidades vinculadas às atividades de prevenção, atenção e proteção dos direitos da criança e do adolescente. Por certo, a Efetividade do direito social à educação na primeira infância jamais deve ser afetada pela falta de recursos sociais básicos. Assim, evidencia-se que o legislador impõe pela norma jurídica às administrações competentes a possibilidade de brindar a infância com atenção e proteção, que são garantidos quando existem meios e recursos suficientes. Por derradeiro, tem-se como fundamental, uma política orçamentária que dê cumprimento ao princípio da prioridade orçamentária asseverado no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Foi possível verificar um desgaste do termo geração (ou dimensão) de direitos humanos, na linguagem da Organização das Nações Unidas, que se dividem, para o estabelecimento de classificação e com o propósito de atender os ideais revolucionários da Revolução Francesa. Ao tratar o termo direito social à educação, fala-se da segunda geração de direitos humanos. Quanto ao termo criança, a terceira geração de fraternidade aparece de forma clara, e na exposição de Peces-Barba, está afirmado que ser solidario “es una posición antropológicamente alejada del pesimismo, tiene una Idea fuerte de sociabilidad y asume como propio el interés de tercero que ló merezca. Directamente fundamenta deberes y solo por su intermédio derechos. Afecta a derechos como los referidos (…) derechos de personas en situación de inferioridad, niños, (…) siempre vinculada al valor igualdad[595]”.

Por outro lado, esta classificação em geração ou dimensões de direitos humanos perde forças porque não se alicerça nas conquistas do Estado

[595] PECES-BARBA Martínez. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013, p. 228-229.

Democrático de Direito e social, da República e da Federação, que se reduzem a propostas de governos, estando superados pela perspectiva dos direitos humanos emergentes e seu caráter de interdependência. Ainda, entende-se que os poderes constituídos seguem no poder, principalmente pela deturpação no uso de seus mandatos em proveito próprio, pelos caminhos da inflação legislativa, em favor dos seus amigos do poder dominante, pela burocracia discricionária que engaveta ou torna morosas as ações ou atos administrativos, e pela certeza de impunidade que contrária os preceitos fixados pela Lei nº 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei Complementar nº 131 (Lei da Transparência) e Lei Complementar nº 135 (que altera a Lei complementar nº 94, conhecida como Lei da Ficha Limpa). No mesmo sentido, descortina-se a situação caótica e deprimente do Poder Judiciário brasileiro, com verdadeiros fiascos em suas ações na tarefa de punir autoridades públicas, como acontece com a meta 18 do CNJ, em que menos de 60 por cento dos processos de improbidade administrativa foram julgados pelos Tribunais até o final de 2013. Resta-nos a probabilidade de acreditar em novas formas de compreender as ações dos Estados e sua interdependência global. Dentre as formas possíveis elabora-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes, fruto de codificação privada, aprovada na Conferência de 2007, no Fórum Mundial Social das Culturas, que desenvolve e aperfeiçoa a Carta de Direitos Humanos Emergentes, elaborada em 2004.

Os Direitos Humanos Emergentes se baseiam em uma série de princípios de caráter transversal. Em um de seus princípios destaca a presença de uma sociedade civil e pluralista em que há um espaço para denunciar as deficiências do sistema político e econômico nacional ou internacional. É uma declaração de intenções pelo fato de fundar todos os direitos sobre a Democracia entendida, não somente como valor ou princípio, mas como direito de múltiplas facetas, dimensões ou forma de expressão, que apresenta em suas nuances a Democracia igualitária e Democracia garantista, entre outras. Estas dimensões servem de marco de referência aos demais direitos emergentes e correspondem a cada um dos seis títulos que formam parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes.

Em referencial mais grave, furta-se o conceito tradicional de Cidadania

dos cidadãos pelos próprios governantes, quando estes eliminam pela discricionariedade e vontade pessoal, o aspecto incluinte das gerações de direitos, em especial, na negação do Direito à Educação na primeira infância. Desta torna-se agora, de nova roupagem, pelo caminhar de uma Cidadania chamada de cosmopolita, requerida pela ordem internacional com a ideia de que realmente se assuma os direitos e obrigações, emanadas da noção de direito humano emergente. Para que esta proposta tenha êxito, se advoga uma nova noção de Cidadania nos Estados Nacionais que encontra seu reflexo nos Direitos Humanos Emergentes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes se propõe a promover os direitos de uma Cidadania global fazendo que a fruição dos Direitos Humanos Emergentes seja o resultado da solidariedade e proteção coletiva, e tem por referência espaços como Barcelona (2004) e Monterrey (2007) para sonhar com um cidadão global, titular de Direitos Humanos Emergentes.

Quando a Declaração Universal dos Direitos Emergentes se apresenta em sua estrutura, destaca-se o direito à Democracia igualitária e a Democracia garantista. Quanto a Democracia igualitária, relata o direito a existência em condições de dignidade, compreende o Direito à Educação, ao conhecimento, à formação continuada e inclusiva , e que se adapte às suas necessidades pessoais e às demandas da sociedade, e que seja inclusiva a todos os membros da sociedade, sem qualquer discriminação. Também verifica-se que todo ser humano e toda comunidade têm o direito a uma igualdade de direitos plena e efetiva, sendo que este direito humano fundamental compreende os seguintes direitos: direito à igualdade de oportunidades, sem qualquer tipo de discriminação, que de origem social, minorias, deficiência, idade ou qualquer outra condição. Para a realização da igualdade considera-se a existência e superação das desigualdades que a diminuem, assim como a importância de identificar e satisfazer necessidades específicas dos grupos humanos e comunidades, derivadas de sua condição ou situação, desde que isto não resulte em discriminação contra outros grupos humanos, bem como o direito à proteção de grupos em situação de risco ou exclusão, que reconhece a toda pessoa pertencente a um grupo de risco ou em situação de exclusão o direito a proteção especial pelas autoridades públicas. E, em particular: meninos, meninas e adolescentes têm direito a proteção e cuidado necessários ao seu bem estar e desenvolvimento pleno.

Quanto a Democracia garantista dispõe sobre este direito ao afirmar que todos os seres humanos e toda comunidade têm o direito à lei, à Democracia e à justiça internacional, sendo que este direito humano fundamental compreende os seguintes direitos, entre outros: direito à justiça internacional e à proteção coletiva pela comunidade internacional, que garante a todas as pessoas e a toda comunidade o direito de que a comunidade internacional, através dos órgãos apropriados da Organização das Nações Unidas, adote todas as medidas necessárias para prevenir e deter as violações massivas e sistemáticas de direitos humanos, onde quer que ocorram**,** e direito à Democracia e à cultura democrática, que implica no direito de viver em uma sociedade livre e democrática, em que se respeite o Estado de Direito e os direitos humanos, e de ser administrado por uma administração pública eficiente e transparente e que preste contas da sua gestão. Seguindo esta linha, dentro da teoria jurídica, encontra-se a tese do garantismo, em três pontos: o estabelecimento de um conceito de direitos fundamentais; reformulação da chave garantista acerca da ideia de constitucionalismo e a determinação de uma dimensão substancial do conceito de Democracia.

Utiliza-se também da distinção entre direitos e garantias, e por conceito subjetivo entende-se qualquer experiência positiva (de prestações) e negativa (de não sofre lesões) indicadas a um sujeito por norma jurídica. E quando se refere aos Direitos Sociais, está se falando em direitos débeis, na medida que são direitos não garantidos adoecidos pela ineficiência estrutural do sistema, e que precisam de solução com a introdução de garantias fortes.

As garantias se apoiam, por exemplo, no campo dos Direitos Sociais, no princípio da legalidade, que exige orçamento público adequado para sua efetivação, por norma jurídica que deve ser construída, tendo em mente a harmonia entre os poderes públicos. Outro princípio garantista é o da jurisdicionalidade, para qual os direitos são justificáveis e acionáveis em juízo contra os responsáveis por sua violação comissiva ou omissiva. Para finalizar esta breve abordagem sobre a tese garantista, é muito útil a tomada de decisão judicial que trata o texto normativo Constitucional e o edifício jurídico como instrumentos de referência das Democracias modernas, alavancadas de forma com que a vigência e a validade formal e material são respeitadas e distribuídas de forma a estabelecer a justiça social.

Advindos dos Direitos Humanos Emergentes e da tese garantista entre outros, é possível ascender ao conceito de Cidadania Cosmopolita. Com certeza, os direitos humanos representam a ideia de justiça e também uma luta contra a exclusão de alguns direitos, como é o caso da não Efetividade do Direito à Educação na primeira infância no Brasil. Esta deveria ser referendada pelos poderes republicanos, inseridos no pacto federativo, entretanto precisam contar com o apoio de instrumentos internacionais e assim revelarem-se na reafirmação e defesa do conceito de Cidadania Cosmopolita. As razões argumentativas se revestem através do conceito tradicional de Cidadania, deturpado e pervertido em seu significado para justificar a exclusão de agrupamentos humanos.

Esta visão de Cidadania Cosmopolita tem o condão de romper com a clássica divisão de gerações ou dimensões de direitos humanos, ao revelar que os Direitos Humanos Emergentes não conseguem compreender a classificação das gerações porque, na esfera dos Direitos Sociais se revelam em muitas vezes, inoperantes ou programáticas. Desta forma, precisa-se de uma visão integral e holística para que todas as categorias atuem entre si, na certeza de sempre haver uma dimensão individual para a Efetividade de direitos e que mereça ser contemplada pelo Estado ou ordem internacional ,respeitando a norma e orçamento público para efetivá-las. Assim, evita uma postura pré-violadora, com a necessidade de substituí-la ,preenchida assim ,por uma postura pós-violadora, através de manifestação judicial de segurança em ação judicial apropriada.

Com isto, certamente a Democracia interage de forma substancial com o Estado de Direito, e desta forma garante a proteção e exercício dos direitos humanos**,** mudando sua teoria e práxis[596]. Busca-se, assim, a realização material efetiva do direito social à Educação na primeira infância no Brasil, pois experimentam-se estas características, especialmente a partir de meados do século XX, onde o Estado passa a ser social e democrático de Direito.

Notadamente se observa que nesta parte se desvenda a trilha do Direito

[596] GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 739-740.

Social à Educação na Primeira Infância. A partir daí considera-se a criança, desde o século XVII, como sujeito de direitos, desde seu nascimento, tendo uma função social a ser efetivada pelos trilhos da Educação infantil. Por este viés, concentra-se a responsabilidade no Estado para aqueles que não possuem condições econômicas para custeá-las. Estabelece-se também a necessidade do *Double Standard*, ao priorizar o tratamento à Primeira Infância pelo Protecionismo Renovado. Desta forma, necessita-se advogar pela transformação da classificação dos direitos humanos em razão da perspectiva individual de cada direito, e passar a chamá-los de Direitos Humanos Emergentes. Com isso busca-se uma Cidadania Cosmopolita em que o Direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil seja objetivo e efetivo aos olhos da Sociedade e dos Poderes desta República Federativa.

Importante exemplo para a Tese advém do exemplo espanhol, resultante de pesquisas publicadas em 2007 e tem por tema a Qualidade dos Serviços para a Primeira Infância e a Estimação da Demanda.

Verifica-se que dentre os objetivos políticos do Estado, estão as políticas públicas que concebem às crianças de zero a três anos de idade, o direito às escolas de Educação infantil, ditos de Primeira Infância. O ponto central da investigação revela que este direito se consubstancia na integração da criança ao sistema educativo, ao estimular o desenvolvimento físico e mental, promovendo a igualdade desde sua origem.

Quanto à doutrina da proteção integral, obrigação institucional a adoção de providências ,refere-se à ocorrência de impedimentos ao acesso da gama de direitos, que podem retirar a condição de igualdade com os demais cidadãos. A garantia atribuída pela Constituição Espanhola destaca-se em sua plenitude, assim os órgãos administrativos devem buscar uma atenção a toda criança e adolescente; e num segundo momento, o pressuposto de que são os poderes e instituições públicas que detém o poder jurídico. Neste caso devem-se utilizar procedimentos judiciais necessários, quer na esfera administrativa quanto judicial, para a Efetividade dos direitos.

A tarefa de proteção integral pressupõe a atuação das instituições, em

que o defensor dos direitos da criança deve nortear sua atuação contemporânea na função prática e procedimental de sua atuação. Na Espanha a questão é crucial e revelada pelas assertivas de que é uma obrigação institucional a adoção de providências quando da ocorrência de impedimentos ao acesso da gama de direitos, que podem retirar a condição de igualdade com os demais cidadãos. Ademais são exigências que a própria Constituição impõe nas esferas judicial e administrativa, condicionando uma mútua relação que deve existir. Na esfera judicial tem-se por certo o monopólio estatal e a figura do juiz que, ao aplicar a norma jurídica, devem estar presentes os valores essenciais de um ordenamento democrático que manifesta a segurança jurídica individual e o respeito aos direitos da pessoa humana.

Contextualizando a Efetividade do Direito Social à Educação na Primeira Infância, com o uso do exemplo espanhol, é possível perceber a existência de critérios de admissão das escolas de Educação infantil, por considerar cinco aspectos básicos: residência no local; idade adequada; situação laboral familiar; situação econômica; e situação familiar sócio-especial.

No caso Espanhol se propõe o desenvolvimento dos centros em rede pública, estabelecendo a equidade como mecanismo de inclusão dos infantes de zero a menos de três anos, sendo este um período da vida da pessoa que fundamenta e solidifica o conhecimento, sociabilidade, emotividade e personalidade, revelando o que é na essência um Estado Social e Democrático de Direito.

Por derradeiro, o Supremo Tribunal Federal de forma tardia**,** desperta para a questão, ao decidir em 23 de agosto de 2011, em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, advindo do Estado de São Paulo, que o Município de São Paulo tem o dever jurídico de efetivar o Direito Social à Educação na Primeira Infância.

Pela decisão se afirma que a Educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, entregue à criança, dotando-a de condições para o alcance de sua progressão e desenvolvimento integral, ao constituir-se em etapa inicial e obrigatória no processo de educação com vagas na primeira infância.

De maneira incisiva, reitera-se que a Educação infantil, se constitui direito fundamental da criança, sem nenhum critério de discricionariedade dos poderes públicos e nem vincular-se a razões de puro pragmatismo governamental, ao obrigar as administrações inseridas no pacto federativo, e, em especial, os Municípios.

Tem-se que o direito social à educação na primeira infância é prerrogativa jurídica, impondo ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação na primeira infância, a obrigação constitucional de estabelecer condições objetivas que possibilitem, de forma derradeira, em favor da primeira infância o efetivo acesso e atendimento em escolas da primeira infância. Caso contrário, revela-se uma verdadeira omissão governamental, que obstacula riza, por omissão, desinteresse ou inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de medida prestacional posta na CRFB/1988. A afirmação de que se trata de norma com caráter programático, não subsiste em seus conceitos, vez que impõe, mesmo que tardio ou pelo reconhecimento de que estas exigem um programa normativo, que exponha a ação do Estado para a Efetividade de direitos com caráter cogente, como no caso do art. 208, IV. Assim, ao contrário do que rotineiramente pensam os entes federados, as normas programáticas vinculam e os obrigam, sob pena de frustrarem as esperanças depositadas na norma constitucional.

Dentro da estrutura federativa anômala, que coloca o Município como grande responsável pela efetivação do direito social à educação na primeira infância, revela-se o dever de atuar, prioritariamente, na educação da primeira infância (CF, art. 211, § 2º).

Na esfera de atuação dos poderes republicanos, abre-se o caminho para a Efetividade do direito social à educação na primeira infância pelos trilhos de decisões judiciais, outorgando ao Poder Judiciário o encargo de distribuir justiça com a revelação da integridade dos Direitos Sociais, estabelecidos na estrutura constitucional. Assim, quando os poderes Legislativo e Executivo não criam e formulam por norma jurídica as premissas para a execução de políticas públicas, revelando sua inaptidão com os encargos político-jurídicos de caráter impositivo**,** justifica-se a atuação judicial.

Quando os poderes públicos se omitem à efetivação do texto constitucional, em verdade, infringem, com uma atuação que desprestigia o cumprimento constitucional, revelando a erosão da consciência constitucional.

Pensar que passados mais de quarto de século de promulgação da CRFB/1988, persiste a inércia estatal em adimplir as determinações constitucionais, impõe o pensar sobre real ato de desprezo pela autoridade constitucional, vez que nocivo diante de posição tomada em descumprí-la, pautando o governo pelos interesses que lhe convém de forma ajustada a sua conveniência, em detrimento dos interesses maiores da primeira infância. Para Celso de Mello, a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais, traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desapreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. E quando ocorre o desprestígio da Constituição aparece aspecto deprimente de patologia constitucional, revelando desprezo, por parte das instituições governamentais, da norma constitucional.

Ponto central da discussão no Supremo Tribunal Federal, quanto a efetivação do direito social à educação na primeira infância diz respeito aos vetores da reserva do possível, intangibilidade do mínimo existencial com a decorrente questão das escolhas trágicas.

Na seara das escolhas trágicas, , quando não bem formulado o orçamento público, excluindo a aplicação de recursos para o direito social à educação na primeira infância, ou ainda, sabendo que os recursos possam ser escassos, visualiza-se uma situação trágica, instaurando conflitos entre as políticas públicas insculpidas constitucionalmente e a implementação de Direitos Sociais assegurados na CRFB/1988. Desta situação, cabe ao Estado superar estas dificuldades ao optar pela efetivação de determinados valores, excluindo outros, em razão da insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, tendo que proceder as verdadeiras escolhas trágicas, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, tendo em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real Efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Ademais destaca-se

que, considerada a criança como sujeito de direitos, adulto em perspectiva, vulnerável diante dos governantes, mas emancipada por direitos que são prerrogativas constitucionais(direitos social à educação na primeira infância) não há mais espaço para não fruir de seus direitos, em razão da tese assentada nas escolhas trágicas.

A Cláusula da reserva do possível em matéria de direito social tão relevante e vinculado à educação não encontra mais espaço nas decisões judiciais, revelando que não mais deve ser invocada pelo Poder Público. Porém se invocada for, tem a premissa única de fraudar e inviabilizar a execução de políticas públicas em prol da infância e definidas pela CRFB/1988. No mesmo sentido encontra insuperável limitação na Garantia Constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

O princípio do mínimo existencial, fundamenta seu conceito nas implicitudes dos art. 1º, III (dignidade da pessoa humana) e art. 3º, III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) da CRFB/1988. Este princípio gera e estabelece uma ampla gama de possibilidade para a efetivação de direitos, ao garantir uma existência repleta de direitos, com o condão de ter prestações positivas. Outro destaque revela a possibilidade de produção de norma jurídica, diante do Federalismo Assimétrico, para atender a infância vulnerável que necessita subsidiariamente do Estado na criação de vagas nas escolas de educação infantil.

No que se refere ao princípio da proibição do retrocesso**,** reconhece sua intangibilidade no trato dos direitos fundamentais. Neste norte, o princípio da proibição do retrocesso impede que em temáticas de direitos fundamentais, como no caso do Direito à Educação na infância (direito social), ocorra desconstruções de direitos, alcançados pela Sociedade ao longo do tempo. Portanto, não se pode aceitar retrocesso em matéria de direitos que esperam atuação positiva dos Estados com a prestação do direito entregue ao cidadão. Um Estado democrático e social de direitos, de cunho republicano, com um Federalismo Assimétrico, sintomaticamente o Estado reconhece os direitos prestacionais, assume o dever inconteste de efetivá-

los, ou caso contrário, revela-se um omissor e frustra o preceito normativo constitucional de Direitos Sociais, já concretizados normativamente.

Entretanto, quando o Estado, por seus entes federativos, e no caso em tela, o Município não cumpre com suas atividades prestacionais de proporcionar efetivamente o direito social à educação na primeira infância, o poder judiciário tem plena legitimidade para decisão judicial. Neste caso, obriga-o a cumprir o texto normativo constitucional, inclusive com as astreintes decorrentes do novo Código de Processo Civil, em seu art. 537, vez que inexiste obstáculo jurídico processual à sua utilização, destacando-se como instrumento jurídico coercitivo na decisão judicial.

Por certo o legislador se portou na produção normativa à educação infantil, como programa obrigatório a ser implementado pelos poderes constituídos, com a adoção plena de políticas públicas responsáveis em favor da infância carente, diante da injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento nas escolas dirigidas a primeira infância.

Considera-se a infância vulnerável, já que não pode por seus familiares e Sociedade, adimplir com o direito social à educação na primeira infância e, por isso, garantir este direito pela norma jurídica orçamentária, ou em sua falta, pela ação do Ministério Público e decisão do Poder judiciário, ao afirmar que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois já é liberado pelo Constituinte e pelo legislador ao elaborar as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

A importância da decisão judicial**,** como a comentada neste capítulo**,** é imprescindível**,** pois o Supremo Tribunal Federal combate com frequência a omissão e inércia governamental, quando confere real Efetividade ao Direito Social à Educação na Primeira Infância. Esta ação viabiliza a fruição de direitos fundamentais, quando nega-se a realização de forma espúria e injusta pela

arbitrariedade e discricionariedade do poder público. Considera-se ainda, que a decisão judicial se constitui em ferramenta relevante para aqueles que buscam dar plenitude à criança como verdadeiro sujeito de direitos reconhecido pelo Estado.

Roga-se também por uma renovação das práticas políticas dos administradores públicos, quando diretamente vinculados às políticas públicas normativas constitucionais estabelecidas, para que se possa alcançar a Efetividade do Direito Social à Primeira Infância no Brasil.

Adentra-se, desta forma, nas nuances constitucionais e infraconstitucionais para a Efetividade do direito social à educação na primeira infância. Desta forma, reconhece a criança como sujeito de direitos desde o nascimento, passa a receber a proteção estatal, e sugere ainda a adoção do protecionismo renovado, bem como a superação das gerações de direitos diante dos Direitos Humanos Emergentes que geram uma nova Cidadania, dita cosmopolita. Estabelece conceitos basilares da infância, como a proteção integral e interesse superior do menor, adentrando ainda na seara de atuação, participação e responsabilidade dos poderes públicos e instituições. Por derradeiro apresenta o exemplo espanhol quanto à Efetividade do direito à escola na primeira infância e, ao final, analisa decisão do Supremo Tribunal Federal que impõe aos Municípios a concretude plena do direito social à educação na primeira infância, como forma de implementação plena do princípio republicano no Brasil.

No que se refere à confirmação das hipóteses apresentadas, verificou-se que estas foram confirmadas, conforme relato a seguir:

a) O Republicanismo e o Pacto Federativo constituem-se em alicerces para construção normativa dos direitos infanto-juvenis, desde que utilizados com a substancialidade democrática e preceitos assimétricos, produzindo normas em favor da infância;

b) Os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil revelam a possibilidade de efetivação dos direitos infanto-juvenis em um Estado Democrático de Direito e social, pois pactos e convenções ratificados são considerados normas cogentes e supralegais;

c) a Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989 é o marco normativo dos direitos infanto-juvenis;

d) A Constituição da República Federativa do Brasil de1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 e as Normas Orçamentárias se constituem em elementos para efetivação dos direitos da criança e do adolescente, em especial, ao Direito Social à Educação na Primeira Infância, vez que revelam a Doutrina da Proteção Integral;

e) A Administração Pública tem papel importante na realização do Direito Social à Educação na Primeira Infância, e não pode relativizar este direito conforme preceitos advindos da reserva do possível, da discricionariedade do poder e das conceituações programáticas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Alcaide, Carlos Villagrasa. Reflexiones em torno a la aplicación internaiconal de la Convención sobre los Derechos del Niño desde el Derecho de Participación: las pautas marcadas em los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y de la Adolescencia *in* **Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia**. Barcelona : Editorial Bosch, 2009.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid : Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España (Centro de Estudios), 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2012.

ARAÚJO, Nadia de. **Direito Internacional Privado: direito e prática brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BALAGUER, Irene Arderiu. **Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda**. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007.

BALLE, José M. Lafuente. **La Judicialización de la Interpretación Constitucional**.Madrid : Colex, 2000.

BARTLETT, Enric R; BARDAJI, Maria Dolores. **Del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los Objetivos del Milenio.** Bosch Editor : Barcelona, 2007.

BERTASO. João Martins. **As Políticas Neoliberalizantes e a Cidadania Social**. V. 20 n. 38 (1999) Seqüência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, ISSNe 2177-7055.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; Viroli, Maurizio. Trad. de Rosa Rius Gatell. **Díálogo en torno a la República.** Barcelona : Kriterios Tusquets Editores, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade para um teoría geral da Política**. 7º ed. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid : Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2006.

BOTELHO, Milton Mendes. **Manual prático de controle interno na administração municipal:** apresentando modelos de procedimentos, rotinas, instruções normativas, decretos, portarias e anexos específicos da administração pública municipal. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

BRASIL.. **Associação de Auxílio Mútuo da Região Leste**. Nossa São Paulo. http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/14279. Acesso em 15 de junho de 2016.

BRASIL.**IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatistíca**. .http://cidades.ibge.gov.br/comparamun/compara.php?lang=&coduf=35&idtema=117&codv=V14&search=sao-paulo|sao-paulo|sintese-das-informacoes-2012. Acesso em 10 de junho de 2016.

BRASIL. **G1**. http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2014/07/falta-de-vagas-em-creches-publicas-gera-fila-de-espera-em-varios-estados.html. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça.** http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2013/meta-18.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 49ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2014.

BRASIL. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 25 de maio de 2015.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 12 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html.Acesso em 10 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 15 de abril de 2016.

BRASIL. Estado de Santa Catarina. **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Art. 110. O Município é parte integrante do Estado, com autonomia política,

administrativa e financeira, nos termos da Constituição Federal e desta Constituição.http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/constituicaoestadual.php. Acesso em 27 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 12852/2013 – Estatuto do Jovem**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm. Acesso em 23 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.069/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069 Acesso em 22 de julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.337 SÃO PAULO.** http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428. Acesso em 20 de abril de 2016.

BRASIL.**Convenção sobre os Direitos da Criança**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 21 de maio de 2015.

BRASIL.**Supremo Tribunal Federal**.www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar. Acesso em 15 de abril de 2015.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. **A Teoria do Direito entre Neoconstitucionalismos e Garantismo e a Proteção à Democracia.**
www.fdsm.edu.br/adm/artigos/fab049601bee4ee924a7748c78505570.pdf. Acesso em 20 de maio de 2016.

CALLEJÓN, María Luisa Ballaguer. **Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico**. Madrid : Tecnos, 1997.

CANO, Roberto M. Jiménez in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Positivismo jurídico y derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro II, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra : Almedina, 1998.

CERVERA, Ignacio Campoy. **La Fundamentación de los Derechos de los Niños Modelos de Reconocimiento y Protección**. Madrid : Dykinson, 2006.

CÉSAR, João Batista Martins. **A audiência pública como instrumento de efetivação dos Direitos Sociais. RVMD,** Brasília, v. 5, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php. Acesso em 10 de maio de 2015.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** Itajai : Univali Editora, 2011.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; Mendez, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. São Paulo : LTR, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

DE ASÍS ROIG, Rafael e outros in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Colonias de Norteamérica y las Enmiendas a la Constituición in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo II:siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAJOLI. Luigi. **A Democracia através dos Direitos**. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2015.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: Experiências históricas y tendências actuales.** Madrid : Editorial Trota, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constituición. De la Antiguedad a Nuestros Dias.** Madrid : Editorial Trotta, 2001.

FLEINER-GERSTER, Thomas in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Suizo: La influencia del Federalismo Americano** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.

FREITAG. Barbara. **O Indivíduo em Formação**. 3ª Ed. São Paulo : Cortez Editora, 2001.

GARCIA, Antonio González-Cuellar. **La Funcion del Ministerio Publico como Representante Legal del Menor. Su intervencion en los Tribunales Tutelares.**

Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia. Madrid : Neografis, 1985.

GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009.

GARCIA. Marcos Leite; Mello, Osvaldo Ferreira de. **Reflexões sobre o Conceito de Direitos Fundamentais**. Revista Eletrônica Direito e Política. Itajaí, v. 4, nº 2, 2º quadrimestre de 2009, Disponível em www.univali.br/direitoepolítica.

GARCIA, Marcos Leite. **A Contribuição de Christian Thomasius ao Processo de Formação do Ideal dos Direitos Fundamentais.** Novos Estudos Jurídicos, v. 10, nº 2, jul/dez de 2005. Editora Univali : Itajaí/SC.

GARCIA. Marcos Leite; MARQUES JUNIOR, Willian Paiva; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Aportes do Novo Constitucionalismo Democrático Latinoamericano e da Unasul para os Direitos Fundamentais: os Direitos Ambientais como Demandas Transnacionais e o Tratamento Prioritário da Sustentabilidade**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em www.univali.br/novos estudos jurídicos.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, argumentação e ponderação**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2011.

GIL, Antonio Arroyo. **El Federalismo Alemán en la Encrucijada.** Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 2006.

GOMEZ, Izabel Garrido in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Garantismo, Democracia y derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013.

GONZÁLES, Stella Maris. **La Protección de La Infancia em el Marco del Derecho Internacional.** Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 41.

GRAU, Luis. **El Constitucionalismo Americano**. Madrid : Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

GRIMM, Dieter in Fleiner-Gerster, Thomas; Grimm, Dieter; Schaffer; Delpéré, Francis e Tornos, Joaquín. **El Federalismo Alemán: Desarrollo Histórico y Problemas Actuales** in **El Federalismo en Europa**. Barcelona : Hacer Editorial, 1993.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y Constitución**. Trad. Emilio Mikunda-Franco. 2ª. Ed. Madrid : Tecnos, 2013.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional.** 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales. 1992.

INSTITUT DE DRETS HUMANS DE CATALUNYA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos Emergentes.** . http://www.world-governance.org/IMG/pdf_DUDHE.pdf. 2009. Acesso em 20 de agosto de 2015.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 14ª ed. São Paulo : Atlas, 2013.

JELLINEK, G. **Teoría General del Estado.** Trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Peligros (Granada) : Editorial Comares, 2000.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el Defensor de la Constitución?** Trad.de Roberto J. Brie Madrid : Tecnos, 1995.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constituicion**. 7ª Ed. 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 10ª Ed. Madrid : Tecnos, 2011.

LUQUE, Maria del Rosario Carmona. **La Convención sobre los Derechos del Niño.** Madrid : Editorial Dykinson, 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. Baureri/SP, Manole, 2003.

MADISON, James. **República y Libertad: Escritos Políticos y Constitucionales.** Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **El Federalista**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2009.

MAGDALENA, Enrique Miret. **El Niño Antes que Los Padres. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985.

MAGDALENA, Enrique Miret. **La Adopcion y la Guarda y Custodia. Su Marco Legal: Presente e Futuro. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985.

MARSHALL. T. H. **Status, Cidadania e Classe Social**. Rio de Janeiro : Editora Zahar, 1967.

MAZZILI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério público, compromisso de ajustamento e audiências públicas. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Saraiva, 2008.

MIRANDA. Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra : Coimbra Editora, 2002.

OEA. **Organização dos Estados Americanos**. http://www.iin.oea.org/ Acesso em 7 de abril de 2016.

ONU. Brasil. **Convenção Sobre os Direitos da Criança**. http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-dir-criancas-novo.html. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

ONU. **Conselho de Direitos Humanos da ONU**.http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18558&LangID=S. Acesso em 6 de abril de 2016.ONU. Departamento de Información Publica de Las Naciones Unidas. La Naciones Unidas Hoy. Nueva York : Naciones Unidas, 2009, p. 282.

ONU. **Las Naciones Unidas Hoy**. Nova York : Departamento de Información Publica de Las Naciones Unidas, 2009.

ONU. **Gabinete de Documentação e Direito Comparado**. http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA. Acesso em 18 de dezembro de 2014.

ONU. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvime**nto. http://www.pnud.org.br/ODM2.aspx. Acesso em 04 de abril de 2016.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em 19 de janeiro de 2015.

OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha Gonzáles (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in **La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales,** Madrid : Marcial Pons, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNES, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo II:siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Universidad Carlos III, 1999.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório; FERNANDEZ GARCIA, Eusebio (Dir.). **Historia de los derechos fundamentales**: tomo I: trânsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Madri: Dykinson, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; Porras, Javier Dorado in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). Derecho, Sociedad y Cultura en el Siglo XIX: el contexto de los Derechos Fundamentales in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ. Gregorio in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Ética, Política y Derecho en la Sociedad del Siglo XX in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, libro I, volumen I Madrid ; Dykinson, 2013.

PELÉ, Antonio in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; (Dirección). Las Libertades Públicas y el Espíritu Republicano en los principios de la III República Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen III. Madrid : Dykinson, 2007.

PELÉ, Antonio in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; (Dirección). Las Libertades Públicas y el Espíritu Republicano en los principios de la III República Francesa in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen III. Madrid : Dykinson, 2007.

PERGOLA, Antonio La. **Los Nuevos Senderos del Federalismo.** Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PILAU, Newton Cesar. **Teoria Constitucional Moderno-contemporânea e a Positivação dos Direitos Humanos nas Constituições Brasileiras**. Passo Fundo/RS : UPF Editora, 2003.

PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

PISARELLO. **Procesos Constituyentes: Caminos para la Ruptura Democrática**. Madrid : Editorial Trotta, 2014.

PLATON. **La República o el Estado.** Madrid : Espasa Calpe, 1994.

PRIETO, José Manuel Villanueva. **Relacion entre Accion Judicial y Social em Materia de Guarda y Custodia y Adopcion. Aspectos Jurídicos de La Proteccion a La Infancia**. Madrid : Neografis, 1985.

PRIEUR. Michel. **O Princípio da "Não Regressão" no Coração do Direito do Homem e do Meio Ambiente** in Novos Estudos Jurídicos. Itajaí ; Vol. 17, n.1 Itajaí/SC : Editora Univali , 2012.

RAMOS, André Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

_____. André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROUSSEAU, Dominique in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). La Cuestión de la Garantía de la Constituición en el siglo XIX en Francia in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro II. Madrid : Dykinson, 2007.

RUIZ, Ramon Ruiz in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Republicanismo cívico, libertad, derechos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen II. Madrid ; Dykinson, 2013.

SABATER, Jose Asensi. **La Época Constitucional**. Valencia : Tirant ló Blanch, 1998.

SALVIOLI, Fabian in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Los derechos humanos civiles y políticos in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. **Sentenças aditivias, Direitos Sociais e reserva do possível**. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.) **Direitos humanos em concreto.** Curitiba, PR: Juruá, 2008.

SCHWABE, Jurgen. Trad. Beatriz Hennig e outros. **Cinquenta Anos de Jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo : Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SEATZU, Francesco in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Vigilancia de su Aplicación in **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013.

SKIDMORE, Thomas E. **Uma História do Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1998.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Madrid : Centro de Estudos Constitucionales, 1985.

TESO, Ángeles de Palma del. **Administraciones Públicas y Protección de La Infancia**. Madrid : Ministerio de Administraciones Públicas, 2006, p. 18

TORRE, Angel Sanchez de La. **Sociologia de los Derechos Humanos**. 2ª Ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

UNICEF. **Declaração dos Direitos da Criança**. http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracao_dos_Direitos_da_Crianca.pdf. Acesso em 20 de outubro de 2014.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**.http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de junho de 2014.

VALDÉS, Roberto Blanco in Peces-Barba Martinez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael; Ansuátegui Roig, Fco. Javier (Dirección). El Constitucionalismo de la Revolución Liberal: las dos orillas in **Historia de los Derechos Fundamentales.** Tomo III: siglo XIX, volumen I, libro I. Madrid : Dykinson, 2007.

VANOSSI. 1975, p. 9. **Teoria Constitucional.** Buenos Aires : Editora de Palma, 1975.

VERCELONE, Paolo; João Gilberto Lucas Coelho. *In* Cury, Munir; Amaral e Silva, Antônio Fernando; Mendez, Emílio Garcia. Coord. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 12ª Ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2013.

VERONESE, Joseane Rose Petry. **Direito da Criança e do Adolescente**. Florianópolis : OAB/SC Editora, 2006.

WHEARE. Kenneth Clinton. **Govern Federal**. Barcelona : Institut d'Estudis Autonómics Generalitat de Catalunya, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARTINI, Carlos Maria. **La exigencia de justicia.** Madrid : Editorial Trota, 2006.