II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VALTER MOURA DO CARMO

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de
Janeiro Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal
(suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do
Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor –
Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do
Sul Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314
Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-239-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria constitucional. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 02 a 08 de dezembro de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios?”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "TEORIA CONSTITUCIONAL I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito constitucional, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Com o título de “A (in)constitucionalidade do artigo 2º da Lei 12.352/2015 do Estado da Bahia em contrapartida ao que determina o artigo 236 da Constituição da República – o caso da ADI 4851/BA”, os autores Vivian Lacerda Moraes, Fernanda Netto Estanislau e Victor Vartuli Cordeiro e Silva analisam a compatibilidade ou não do dispositivo mencionado frente ao artigo 236 da Constituição, já que a Lei 12.352/2015 foi promulgada com o intuito de oficializar como notários e registradores pessoas que ocupavam esse cargo desde antes da promulgação da Constituição de 1988.

As autoras Ingrid Maria Sindeaux Baratta Monteiro, Camila Cavalcante Paiva e Antonia Georgelia Carvalho Frota investigam a possibilidade de despenalização do aborto no Brasil através da perspectiva da leitura moral apresentada por Ronald Dworkin no artigo intitulado “A leitura moral em Dworkin e o julgamento da ADPF 442: breves considerações sobre o pensamento de Dworkin e como este pode auxiliar na descriminalização do aborto no Brasil”.

Tiago Bruno Bruch aborda o “Controle de Constitucionalidade, Neoconstitucionalismo e Relativismo das Decisões Judiciais” em um estudo apresenta o modelo de garantismo jurídico como um contraponto a essa conjuntura, a partir de uma crítica à ampliação e abertura dos métodos interpretativos, rejeitando a fundamentação baseada nas convicções pessoais dos magistrados.

Em seguida, no artigo intitulado “Constitucionalismo e Tributação”, o autor Ricardo Ferreira Sacco analisa o aumento abusivo da carga tributária como sendo a principal causa que levou ao descontentamento e quebra da ordem legal na América Inglesa nos fins do século XVIII.

No estudo proposto por Bernardo Augusto da Costa Pereira no artigo “O Positivismo Jurisprudencial e a ampliação do uso de técnicas baseadas em Precedentes Judiciais: Reflexo Neoconstitucionalista” analisa acerca do desenvolvimento da doutrina constitucional no século XX, tratando acerca do positivismo jurídico, positivismo sociológico e positivismo jurisprudencial. Estuda o momento atual da teoria constitucional no Brasil e a nova postura do Judiciário frente ao neoconstitucionalismo, o qual se apresenta também através da judicialização de políticas e do maior ativismo judicial.

Em “Do Constitucionalismo Garantista a uma nova abordagem para a Judicialização da Política” de Sérgio Urquhart de Cademartori e Lucas Bortolini Kuhn propõem em seu artigo articular um novo ângulo de abordagem, tendo como espinha dorsal o constitucionalismo garantista, utilizando noções teóricas como a divisão do poder em funções de governo e garantia, bem como a conexão destas noções aos direitos fundamentais.

Com o título “A prioridade absoluta da criança diante da Reserva do Possível: considerações sobre o controle judicial” os autores Paulo Roberto Braga Junior e Edinilson Donisete Machado questionam como se dá a relação entre a prioridade absoluta diante da alegação da reserva do possível, concluindo que ao se invocar a reserva do possível, o Poder Público demonstra desconsideração à prioridade absoluta na elaboração dos orçamentos públicos, o que não deve ser aceito em sede de controle judicial.

Lucas Emanuel Ricci Dantas e Renato Bernardi tratam do tema “COVID-19 e a pessoa com deficiência asilada: a consagração do estado de coisas inconstitucional”.

“Uma análise teórica das medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia do COVID-19 no Brasil: quem decide, como decide e por quê?”, os autores Natan Figueredo Oliveira e Juraci Mourão Lopes Filho abordam o modelo constitucional do federalismo cooperativo e a atuação estatal no suporte fático do direito à saúde como solução e examinam decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para fixar medidas sanitárias que confirmam a solução proposta para o conflito.

Por fim, o texto “Projetos de iniciativa do Poder Legislativo à luz do Recurso Extraordinário nº 878.911-RJ” de Pablo Enrique Carneiro Baldivieso e Saul Carneiro Baldivieso analisa a possibilidade de criação de projetos de Lei de iniciativa parlamentar, que geram despesa ao

poder Executivo, especificamente em função da decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no RE 878.911-RJ, Tema 917.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo

Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: O artigo intitulado “COVID-19 E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA: A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONTISTUCIONAL” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica Mestrado e Doutorado da UENP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Teoria Constitucional apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Teoria Constitucional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA DIANTE DA RESERVA DO POSSÍVEL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL

THE ABSOLUTE PRIORITY OF THE CHILD BEFORE RESERVING THE POSSIBLE: CONSIDERATIONS ON JUDICIAL CONTROL

Paulo Roberto Braga Junior
Edinilson Donisete Machado

Resumo

A Constituição Federal de 1988 projetou um país que coloca a criança como prioridade absoluta. No entanto, sua concretização depende de políticas públicas executadas pelo Estado, que alega restrições orçamentárias que impedem a promoção dos direitos de crianças e adolescentes. Assim, questiona-se: como se dá a relação entre a prioridade absoluta diante da alegação da reserva do possível? Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, conclui-se que ao se invocar a reserva do possível, o Poder Público demonstra desconsideração à prioridade absoluta na elaboração dos orçamentos públicos, o que não deve ser aceito em sede de controle judicial.

Palavras-chave: Infância, Políticas públicas, Orçamento público, Proteção integral

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Federal Constitution designed a country that places children as an absolute priority. However, its implementation depends on public policies implemented by the State, which alleges budget restrictions that prevent the promotion of the rights of children and adolescents. Thus, the question is: how is the relationship between absolute priority given the claim of reserving the possible? Through bibliographic and jurisprudential research, it is concluded that when invoking the reserve of the possible, the Public Power demonstrates disregard to the absolute priority in the preparation of public budgets, which should not be accepted in the context of judicial control.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Childhood, Public policy, Public budget, Comprehensive protection

1 INTRODUÇÃO

A concretização de um Estado Social e Democrático de Direito está relacionada à efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988. A realidade brasileira mostra que apesar dos avanços na legislação protetiva, muitas crianças e adolescentes ainda têm suas vidas marcadas pela subcidadania e pela marginalização social. A transformação dessas condições de vida adversas é um processo que demanda ações concretas das famílias, da sociedade e do Estado.

O Princípio da Prioridade Absoluta, expresso no artigo 227 da Constituição Federal - CF de 1988, deixa claro qual foi o opção constitucional em relação à garantia dos direitos infantojuvenis. O único momento em que a Constituição faz menção a uma prioridade absoluta é quando trata dos direitos de crianças e adolescentes, os quais devem ser garantidos como prioridade, não sendo passíveis de relativização.

As disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA precisam ser materializadas para que crianças e adolescentes possam realmente usufruir dos benefícios enunciados por essas leis. Os gestores públicos têm, então, a responsabilidade e o dever de observar o Princípio constitucional da Prioridade Absoluta, que deve incidir na formulação e execução das políticas públicas e nas leis orçamentárias. Entende-se que a omissão do Poder Público, nesse caso, pode ensejar a atuação do Poder Judiciário como forma de garantir o acesso a direitos para crianças e adolescentes.

Sendo recorrentes na atualidade discussões em torno da reserva do possível e da legitimidade do judiciário com postura ativista, esta pesquisa pretende evidenciar que o Princípio da Prioridade Absoluta da criança deve prevalecer, como compromisso constitucional de relevante intensidade, frente à alegação da reserva do possível pelo Poder Público.

Nesse intento, o estudo parte da análise da legislação protetiva de crianças brasileiras e como ela implica políticas públicas prioritárias a esse segmento da população. Em seguida, propõe-se uma visão crítica acerca do ativismo judicial, partindo da ideia de que a falta de implementações de compromissos constitucionais abre a possibilidade de controle jucidial para materialização de políticas públicas. Para finalizar, reflete-se como a alegação da reserva do possível pode revelar um Poder Público que não observa com prioridade os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, conclui-se pela imprescindibilidade da consideração da prioridade absoluta nos orçamentos públicos e na formulação de políticas públicas, sendo dever não só dos Poderes Executivo e Legislativo estarem atentos a isso, mas também o Judiciário deve valorá-la prioritariamente diante da invoção da reserva do possível.

.

2 O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A INFÂNCIA

O Estado Democrático de Direito está relacionado à consagração dos valores da igualdade material, participação popular e busca pela justiça social. Quando da elaboração da Constituição de 1988, pensou-se o Estado brasileiro com o dever de uma atuação positiva e concreta para a promoção da dignidade das pessoas, principalmente dos grupos sociais considerados à margem da sociedade. Dessa forma, estabeleceram-se direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, que justificam a execução de políticas públicas. Como reflexo disso, a Administração Pública deve planejar suas ações considerando a força normativa da Constituição.

Dentre os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal está a proteção à infância. Sendo assim, cabe aos órgãos estatais responsabilidades quanto à concretização de direitos de crianças e de adolescentes. A destinação orçamentária que contemple a execução de políticas públicas para esses sujeitos um meio para que isso ocorra.

A aplicação imediata dos direitos fundamentais, disposição que consta no artigo 5º, §1º, da CF, deve também ser considerada no planejamento governamental, pois vincula a Administração Pública e os demais Poderes desde sua promulgação. Percebe-se, então, que as medidas executadas pelo Poder Público são decisivas para realizar os fins sociais estabelecidos na Constituição.

A legislação referente à proteção da infância nem sempre considerou esse segmento populacional como prioridade absoluta, tampouco considerava crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. Antes de 1988, o poder público voltava sua assistência apenas à infância pobre, abandonada e considerada potencialmente perigosa. O Código de Menores, que teve versões em 1927 e 1979, trazia a figura do “menor em situação irregular”, termo com sentido

pejorativo, que diferenciava o “menor” das demais “crianças” que eram oriundas das classes média e alta. (VERONESE, 2006)

Logo, as ações públicas, por um extenso período da história do Brasil, refletiram uma intervenção marcada por uma vigilância de caráter repressor, que ocorria perante à infância pobre e desvalida, sem lhe garantir direitos. Foi a partir dos anos 80 que a sociedade civil e política, influenciada por movimentos internacionais de valorização da infância, começou a exigir mudanças nas leis e nas práticas de atendimento a esse grupo social.

Nesse contexto, surgiram importantes movimentos como: Frente Nacional de Defesa dos Direitos das Crianças e Adolescentes, Pastoral do Menor, Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, Comissão Nacional Criança e Constituinte e Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (GARCIA, 1999). Essa articulação da sociedade civil resultou nas emendas “Criança e Constituinte” e “Criança-Prioridade Nacional” que foram encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte, juntamente com assinaturas de 200.000 adultos e mais de 1.400.000 crianças e adolescentes.

Todos esses esforços de políticos e movimentos sociais levaram a Constituição Federal de 1988 a adotar a doutrina da proteção integral e a prioridade absoluta da criança, alinhada com modernas tendências internacionais de proteção à infância.

A doutrina da proteção integral da CF ganhou força com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. O Brasil passou a reconhecer legalmente a criança e o adolescente não só como cidadãos, mas como titulares de direitos fundamentais cuja garantia deve ser absoluta.

Assim, pela primeira vez uma Constituição brasileira traria um capítulo com matéria específica sobre crianças e adolescentes (PINHEIRO, 2004). Trouxe ainda um destaque importante para esse segmento, pois a expressão “prioridade absoluta” foi, pela única vez, incorporada na Carta Magna (PINHEIRO, 2006).

Nesse novo paradigma de cuidado, entende-se que a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade da infância justifica uma proteção integral e prioritária. Para Vercelone (2008) crianças e adolescentes têm seus próprios interesses específicos, os quais nem sempre coincidem com os dos adultos, bem como não dispõem de força contratual dentro da sociedade, não podem proteger-se por si mesmas, não votam e não protestam, tais fatos corroboram para que se estabeleça uma proteção especial. O artigo 227, da CF de 1988, estabelece que:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Da análise desse artigo compreende-se que cabe aos adultos, não só os pais ou responsáveis, mas sobretudo aqueles que tomam decisões coletivas que envolvem milhões de crianças, como administradores públicos, políticos e aqueles que detêm o poder econômico, a responsabilidade de promover, defender e controlar a execução dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Ainda como parte desse momento de novas considerações sobre a infância, o Brasil ganha em 1990, a Lei n. 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que reconhece a condição especial desses sujeitos no processo de desenvolvimento humano e reafirma as prioridades e o direito à proteção integral.

O ECA desenvolveu um Sistema de Garantia de Direitos que, por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, apoia-se em três eixos: promoção, defesa e controle. (VERONESE, 2006)

O eixo da Promoção está previsto no artigo 87 do ECA que dispõe sobre políticas universais de atendimento às necessidades básicas das crianças e adolescentes e enfatiza a importância de programas assistenciais de proteção especial à parcela infanto-juvenil em risco social (BRASIL, 1990). Para a funcionalidade e eficiência das políticas de atendimento, foram determinadas diretrizes como: municipalização das políticas; instauração de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente e a manutenção de fundos vinculados a esses respectivos conselhos; ações articuladas que atravessem diversas políticas setoriais; a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade, entre outras.

Em contrapartida, o eixo da Defesa visa à responsabilização da sociedade, da família e do Estado pelo não-atendimento, atendimento irregular ou violação dos direitos individuais ou coletivos das crianças e dos adolescentes. Tem por objetivo exigir e defender o acesso aos direitos assegurados por lei, como também responsabilizar legalmente os autores de violação de direitos por meio de organismos públicos e/ou sociedade civil, como: Ministério Público,

Poder Judiciário, Defensoria Pública, Conselhos Tutelares, associações legalmente constituídas, dentre outros, seja por meio de ações judiciais, seja através de procedimentos administrativos.

Já o eixo do Controle Social acontece com a vigilância de organismos governamentais e não governamentais quem fiscalizam e avaliam o cumprimento dos preceitos legais e políticas públicas referentes a promoção e acesso aos direitos infanto-juvenis. Os Conselhos de Direitos, os Centros Sociais, ONGs, o Ministério Público, como também os Fóruns de Direitos da Criança e do Adolescente (FDCA) e outros espaços de mobilização e organização da sociedade civil são os principais agentes nesse controle. (VERONESE, 2006)

Com isso, a legislação em vigor no Brasil passa a ser considerada modelo em todo o mundo pela forma com que garante os direitos fundamentais das crianças e adolescentes e pela prioridade absoluta garantida constitucionalmente. (PINHEIRO, 2004) No entanto, a realidade social mostra que apesar dos avanços legislativos, muitos desses direitos ainda não foram concretizados e precisam ser implementados.

O parágrafo único do artigo 4º do ECA traz algumas ações que darão efetividade ao Princípio constitucional da Prioridade Absoluta e estabelece:

> 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. (BRASIL, 1990)

Entende-se que esse dever de preferência na formulação e execução das políticas públicas e de destinação privilegiada de recursos públicos é decorrente do Princípio da Prioridade Absoluta. As políticas públicas e os recursos públicos são instrumentos necessários para garantir a prioridade dos direitos infantojuvenis, não há que se falar em um sem falar no outro. (BORTOLOTTI, 2013) Em termos práticos o artigo elenca deveres ao Poder Público. Segundo Dallari (2003) esse não é um rol exaustivo e representa um mínimo a ser exigido para o cumprimento do princípio.

Desta feita, o Estado brasileiro não pode se eximir de assistir a esses sujeitos de direitos prioritários sob pena de descumprir seus próprios ditames constitucionais. O reconhecimento e valorização da infância no plano jurídico percorreu um longo percurso histórico que,

consolidado nas leis, ainda precisa superar os desafios para sua efetividade. Para isso, o planejamento da aplicação dos recursos públicos, bem como as leis orçamentárias devem expressar a prioridade da garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição de 1988 visa superar o legado de um passado marcado pela exclusão social, para isso estabelece em seu texto compromissos com o objetivo de transformação e inclusão social. Todavia, a concretização de uma nova e diferente realidade demanda condutas positivas do Estado, que ao implementar políticas públicas promovam igualdade material e justiça social. Há, então, uma intrínseca relação entre o dever de promover direitos fundamentais por parte do Estado e a forma como ele executa suas ações e destina seus recursos.

Diante da omissão do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais, a sociedade, com base nos princípios constitucionais de acesso à justiça e efetividade do processo, vem buscando no Poder Judiciário formas de garanti-los.

O neoconstitucionalismo, consenso formado a partir da segunda metade do século XX, orienta que para a construção de um método mais atual e eficiente de interpretação e compreensão do direito, a Constituição tomou o lugar dos Códigos e passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico (CAMBI, 2013). Assim, deve se buscar a máxima aplicabilidade dos dizeres e preceitos constitucionais, principalmente quando as negligencias das autoridades públicas impedem sua efetivação concreta.

Para Vanice Lírio do Valle (2009), o neoconstitucionalismo possibilitou a consolidação do poder judiciário como instância de representação dos cidadãos e como guardião dos direitos fundamentais. Por conta disso, houve a ampliação da atividade jurisdicional, com uma atuação mais ativa de juízes em direção à efetivação dos direitos e garantias constitucionais. Logo, a estrutura normativa constitucional, atrelada à baixa efetividade de seus compromissos, deflagrou um processo de intensa judicialização das demandas sociais. (VALLE, 2009)

Para Fellet et al. (2011) esse fenômeno tem a ver com o exercício de atribuições pelo Judiciário que parecem destoar da noção de divisão dos poderes estatais. O ativismo judicial pressupõe uma participação intensa do Judiciário que, para concretizar os valores e fins constitucionais, decide pretensões com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, Executivo e Legislativo. Nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso a postura ativista se manifesta, dentre outras ações, pela imposição de conduta ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009).

No entanto, há que se diferenciar a possibilidade de controle das ações políticas e o poder de decidir politicamente. Para Machado (2012), em sua origem, a função jurisdicional é política, mas não lhe cabe a decisão política, o que lhe compete é o controle das demais funções estatais em suas ações políticas, que devem estar em conformidade com as normas constitucionais. Ressalte-se que no Estado Democrático de Direito todos estão imbuídos de cumpri-las.

Essas ideias levam a entender que o Poder Judiciário, atendendo manifestações da sociedade, interfere na solução de problemas e questões políticas que comprometem a concretização do texto constitucional. Segundo Thamy Pogrebinschi (2000, p. 02), "o ativismo judicial implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político."

O modelo do Estado Democrático de Direito, que dá relevância aos direitos fundamentais de caráter prestacional, proporciona esta crescente judicialização de demandas que aumentam a participação dos juízes na realização de políticas públicas.

Para Barroso (2009) isso é positivo para a democracia, pois o Judiciário proativo transforma a sociedade ao assegurar a realização dos direitos fundamentais e promove o avanço das instituições, na medida em que satisfaz da melhor maneira os interesses jurídicos em debate. O mesmo autor defende que o Poder Judiciário tem compromisso institucional com a efetivação das promessas constitucionais, e assim deve agir e fazer sua parte.

Já Lenio Streck (1999) prefere discutir o ativismo em um sentido negativo, para ele: "o problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o bem, seja para o mau". Nessa perspectiva, o ativismo judicial é, também, antidemocrático e instrumento para decisões mais políticas do que jurídicas.

Todavia, a realidade brasileira mostra um Poder Público negligente quanto à efetivação dos compromissos constitucionais. O Poder Judiciário passa então a ser um caminho para se garantir minimamente direitos básicos dos indivíduos, que já foram definidos num processo democrático, mas que encontram-se diante de uma reiterada inércia e omissão estatal.

Para Gauri e Brinks (2008) faz-se necessário um Judiciário indutor do debate público, e não prolator de decisões substitutivas, bem como juízes que, ao tratarem de questões estruturais, dialoguem com os demais ramos do Poder Público, com movimentos sociais, associações civis e partidos políticos. O Judiciário não pode se abster de interlocuções institucionais e sociais de forma constante e fluída, que fortalecem a democracia.

Ve-se que os direitos fundamentais sociais buscam melhorar as condições mínimas de existência de todos os indivíduos e não exigem apenas vontade do Poder Público, mas também condições materiais necessárias para a sua efetivação. Assim, compreendida a necessidade do exercício da atividade interpretativa do Judiciário no tocante à efetivação de princípios constitucionais e políticas públicas, inclusive em algumas situações suprindo omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, importa ainda identificar os contornos dessa atuação na área da infância e juventude.

4 A RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As crianças e os adolescente são credores de todos os direitos humanos e ainda alguns específicos decorrentes da sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Seus direitos têm previsão em âmbito internacional, conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como em âmbito interno, segundo a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Em razão do reconhecimento das condições peculiares de desenvolvimento desse estágio da vida, as leis direcionaram uma proteção especial a esse segmento social, fato que exige uma atenção prioritária do Poder Público.

Quando se trata do dever estatal de efetivar políticas com a finalidade de garantir direitos à infância e juventude, o debate acerca do que foi denominado de Reserva do Possível também se faz presente. Com origem no Direito Alemão, o instituto compreende basicamente a necessidade de se considerar as possibilidades econômicas da Administração Pública. De

acordo com a Reserva do Possível, os direitos sociais devem ser cumpridos na medida em que haja a existência de recursos necessários e suficientes para tal tarefa.

Para Canotilho (2001), a realização dos direitos sociais encontra-se intimamente dependente de recursos econômicos que garantam sua efetivação:

> [...] um importante problema de competência constitucional: ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais. (CANOTILHO, 2001, p.369)

Nesse mesmo sentido, Krell (2002) afirma que a decisão sobre a disponibilidade dos recursos que compõe os orçamentos públicos é de competência do Executivo e do Legislativo. Ressalta que as restrições orçamentárias não devem reduzir a ação pública de forma que o conceito de mínimo existencial seja substituído pela ideia de mínimo vital, o que levaria o Estado a realização de um número reduzido dos direitos garantidos. Afinal, "se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida" (NUNES, 2012, p.122).

Assim, quando interpelada judicialmente, a Administração Pública tem o ônus de demonstrar os motivos pelos quais não cumpre a prestação de um direito social. Ao alegar a reserva do possível deve haver provas da impossibilidade financeira, para que não haja uma banalização do seu uso. Por isso, para Marmelstein (2008) as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural, com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial, é preciso demonstrá-la.

Logo, o entendimento é de que a justificativa da Reserva do Possível somente deve ser acolhida se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos, do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental. (MARMELSTEIN, 2008).

Por oportuno, ressalte-se que a teoria da Reserva do Possível foi desenvolvida na Alemanha, onde não há acentuada desigualdade social, com milhões de cidadãos vivendo as vulnerabilidades trazidas pela pobreza. Já a realidade sócio-econômica brasileira, na qual faltam

condições mínimas para uma existência digna para uma boa parte do povo, a interferência do Poder Judiciário parece justificada quando há a omissão e retração dos outros Poderes, no cumprimento dos direitos fundamentais, notadamente os sociais.

Os Poderes Públicos não podem, sob o manto da Reserva do Possível, eximirem-se da prestação de direitos básicos, que existem com a finalidade precípua de conceder um mínimo de dignidade à pessoa humana. O Poder Judiciário deve agir nos casos em que se perceba que, mesmo havendo dotação orçamentária, o Estado utiliza-se desse instituto como uma forma de não implementar políticas públicas que resultem na efetivação de direitos sociais.

Em se tratando da efetivação do Princípio da Prioridade Absoluta da criança e do Adolescente, que acarreta responsabilidades ao Estado, a alegação da reserva do possível deve ser analisada levando em conta as destinações de recursos em leis orçamentárias, se estas estão de acordo com o cumprimento da prioridade constitucional. A ausência de sua observância certamente representa óbices para efetivação de garantias como educação, saúde, alimentação, segurança, entre outras.

A legislação nacional deixa evidente que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes não podem depender da atuação discricionária do administrador, que escolhe se direciona ou não recursos para sua efetividade. O Estado tem o dever constitucional de garantir a existência digna daqueles, e dentre as funções estatais o Poder Judiciário também tem o seu papel em assegurar a realização do Princípio da Prioridade Absoluta.

Nas ações judiciais em que se questiona a ausência do Poder Executivo em garantir políticas públicas para atendimento de crianças e adolescentes, o Princípio da Separação de Poderes não pode ser invocado como forma de se eximir de obrigações. Segundo Krell (2002), a separação de poderes nasceu para se contrapor ao absolutismo monárquico. Atualmente tal princípio precisa ser reinterpretado sob pena de haver equívocos ao não se considerar as circunstâncias histórico-políticas nas quais ele foi idealizado, podendo levar inclusive a uma dissonância com seus objetivos originais. (KRELL, 2002)

Na decisão dos Recursos Extraordinários 436.996-6/SP e 482.611/SC que tratam, respectivamente, do acesso à educação infantil e da implementação de programa de atendimento para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, afirmou que a margem de discricionariedade dos municípios estaria vinculada juridicamente pela densidade normativa da regra constitucional que fundamenta o direito à proteção da criança e do adolescente e sua prioridade absoluta.

Destacou-se nessas decisões a primazia dos direitos infantojuvenis e do aludido princípio, como forma de afastar condutas inaceitáveis que representariam obstáculo a execução da norma constitucional por parte da Administração Pública.

O ministro ainda afirmou que devido ao caráter programático do artigo 227 da CF de 1988, a norma reveste-se de eficácia jurídica e caráter cogente, capaz de vincular e obrigar os seus destinatários. Não se pode permitir que Poder Público aja da maneira que classificou como infidelidade governamental às determinações constitucionais.

Os dois recursos tratam sobre direitos fundamentais de crianças e adolescentes previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente e que requerem políticas públicas. Nesse sentido, em relação aos direitos infantojuvenis "pouco ou quase nada restaria de margem de discricionariedade para o gestor público no que diz respeito à implementação de políticas para sua promoção e proteção." (BORTOLOTTI, 2013, p. 100)

A observância dos princípios gerais dos direitos infantojuvenis presentes expressamente na Constituição e conjugados com o Estatuto da Criança e do Adolescente garante à criança e ao adolescente verdadeiro direito subjetivo à destinação prioritária de recursos públicos. Para Bortolotti (2013) se não fosse assim restaria esvaziado o conteúdo material do Princípio constitucional da Prioridade Absoluta.

Portanto, as leis orçamentárias devem ser preparadas com a observância do princípio esculpido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, de forma a expressar a prioridade absoluta. Com isso, havendo a destinação de recursos financeiros a desejada Proteção Integral da criança e do adolescente poderá será atendida, não havendo espaço para alegação da Reserva do Possível.

5 CONCLUSÃO

A prioridade absoluta foi erigida no ordenamento constitucional como um instrumento para a promoção e acesso aos direitos humanos infantojuvenis e como forma de se alcançar a almejada proteção integral desses sujeitos. A necessidade de atuação positiva do Estado no sentido da implementação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes ganhou ainda mais força em razão dessa opção prioritária do texto constitucional.

Da análise da doutrina da Proteção Integral, decorrente da prioridade absoluta, conclui-se que o Estado tem o dever de transformar tais garantias em realizações práticas, promovendo qualidade de vida e desenvolvimento sadio a crianças e adolescentes.

A legislação brasileira posterior à CF, especificadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirmou tal compromisso. O ECA trouxe a obrigatoriedade de destinação de recursos públicos para a área da infância e adolescência, além disso atribuiu competências a órgãos governamentais e entidades da sociedade civil quanto à formulação, acompanhamento e fiscalização do orçamento público para a área.

No entanto, os avanços no reconhecimento legal da infância não podem somente representar uma conquista formal em âmbito legislativo, o desafio de implementar o paradigma do cuidado integral e prioritário passa pelo entendimento de sua importância por parte da Administração Pública, que desenvolve ações para concretizá-lo, como um dever legal e ético.

Por isso, há a necessidade da devida implementação de políticas públicas de atendimento à infância e isso requer destinação orçamentária e empenho das autoridades públicas.

Com a Constituição de 1988, o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, passou a desempenhar uma atuação proativa no controle da formulação da política do Estado brasileiro, capaz de direcionar a ação administrativa e legislativa do país quando omissos esses atores sociais. Esse novo papel é ensejado em nome da efetivação de direitos fundamentais e conflui com a idéia de que os fins plasmados na Constituição devem ser realizados.

Diantes dessas observações, a justificativa de indisponibilidade de recursos públicos, a Reserva do Possível, para a não implementação das prestações constitucionais, elevadas à prioridade absoluta, mostra-se inaplicável pois o Administrador Público tem o dever de fazer constá-las em seu planejamento governamental.

Da análise legislativa, entende-se que o Poder Público não pode alegar a ausência observância de direitos fundamentais de crianças e adolescentes sob o fundamento de sua conveniência administrativa. A aceitação da Reserva do Possível nesse caso levaria as disposições da CF e do ECA a serem interpretadas como meras declarações retóricas ou apenas exortações morais.

Ciente da escassez de recursos públicos num país com tantas desigualdades sociais, o Poder Público deve elaborar um planejamento orçamentário eficiente, que possibilite o atendimento das demandas de crianças e adolescentes que, segundo a Constituição Federal, são prioritárias. Nesse sentido, a judicialização das politicas públicas para a infância reflete a ausência do cumprimento de princípios constitucionais que objetivam promover dignidade e desenvolvimento adequado a sujeitos numa fase peculiar de desenvolvimento.

Conclui-se que, em sede de judicialização, na qual se reclama a prestação de direitos relativos à proteção integral à crianças e adolescentes, a alegação da indisponibilidade de recursos públicos demonstra que a Administração Pública ingnorou um princípio constitucional que faz referência expressa que sua observação deve ser absoluta**.**

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498. Acesso em 09 ago.2020.

BORTOLOTTI, Nadja Furtado. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente e orçamento público**: há direito fundamental aos recursos públicos? 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013. Disponível em: https://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFC-7_7e2cca87e30effca9bc85a21896ff8b2. Acesso em 25 out.2020.

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

.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 09 ago.2020.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo Judiciário Responsável. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 83-97, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CANOTILHO, José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Comentário ao artigo 4º. In: CURY, Munir (org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giott de; NOVELINO, Marcelo. **As Novas Faces do Ativismo Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

GARCÍA, Margarida Bosch. Um sistema de garantia de direitos – fundamentação. In: **Sistema de garantia de direitos. Um caminho para a proteção integral.** Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social. Recife: CENDHEC, 1999. Disponível em: www.criancaeadolescente2007.com.br/biblioteca/documentos/10032007185846.doc. Acesso em: 28 jul.2020.

GAURI, Varun. BRINKS, Daniel M.. **Courting Social Justice - judicial enforcement of social and economic rights in the developing world.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/books/courting-social-justice/8C8B90D497BB29535846FFFCFE733254. Acesso em: 28 jul.2020

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: Os (des) Caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

NUNES, Joamar Gomes Vieira. **Ativismo Judicial e a Efetivação do Direito Fundamental à Proteção Integral no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia. 2012. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13199. Acesso em 25 ago.2020.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. **Criança e adolescente no Brasil**: porque o abismo entre a lei e a realidade. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

PINHEIRO, Ângela de Alencar Araripe. A criança e o adolescente, representações sociais e processo constituinte. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 9, n. 3, p. 343-355, 2004. Disponível em:https://www.researchgate.net/publication/250031907_A_crianca_e_o_adolescente_representacoes_sociais_e_processo_constituinte. Acesso em 25 ago.2020.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 436.996-6/SP**. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 23 mar. 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 482.611/SC**. Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Recorrido: Município de Florianópolis. Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Brasília, 26 out. 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**. Juruá, 2009.

VERCELONE, Paolo. Comentário ao artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. In: CURY, Munir (Org.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito da criança e do adolescente**. Florianópolis: OAB, 2006