

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II**

**SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA**

**VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES**

**MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Monica Herman Salem Caggiano; Sebastião Sérgio Da Silveira; Vivian de Almeida Gregori Torres - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-401-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

---

### **Apresentação**

As pesquisas relatadas nesta obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição e Democracia II, no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, sediado em Brasília, sobre o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos narrados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. “PRERROGATIVA DE ESCOLHA E FUNÇÃO: PERSPECTIVAS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO E A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO STF”, de autoria de Leonardo Barcellos Lopes e Maria Fernanda Miranda Lyra. O trabalho trata da importância de uma análise conjunta sobre a proposta de emenda constitucional que restringiria o foro por prerrogativa de função e a nova interpretação sugerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para essa matéria, somadas a um possível novo modelo de indicação e nomeação de Ministros da Corte. Considerando o princípio da separação de poderes, argumentaram que o momento é oportuno para reformar e emprestar ainda mais credibilidade às decisões da Corte, notadamente na fase em que se encontra, atuando como verdadeiro protagonista da cena política nacional.

2. “PODER CONSTITUINTE DECORRENTE E REPARTIÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE COMPETÊNCIAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO”, tendo por autores Camilo Plaisant Carneiro e Raisal Duarte Da Silva Ribeiro, a pesquisa objetiva conceituar o Poder Constituinte, explicando suas derivações e aplicação prática desta espécie de Poder em relação aos Estados que compõem a Federação brasileira. Através de pesquisa bibliográfica e legislativa buscam explicar a repartição político-administrativa de competências, observando se há efetivo respeito ao princípio da simetria no Estado brasileiro. São analisadas as Constituições dos Estados brasileiros em busca de respostas à pergunta: os Estados apenas repetem a Constituição Federal ou inovam em seus textos constitucionais.

3. “O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NA SOCIEDADE MULTICÊNTRICA”, artigo apresentado por Elis Betete Serrano e Juvêncio Borges Silva, que exploram o método proposto pelo Professor Marcelo Neve quanto ao transconstitucionalismo, focado na sua relação com os direitos coletivos na sociedade multicêntrica. Demonstram que o método tem crescente importância devido à ausência de maneiras para resolução de atribuições entre ordens jurídicas conflitantes, buscando arquitetar o modo de relação entre essas ao invocar um diálogo e um conseqüente entrelaçamento de sapiências ao desenvolver meios de aprendizado recíproco, ressaltando a importância da consideração de direitos fundamentais, em especial os de natureza coletiva. Ao final, demonstram alguns efeitos práticos da utilização do transconstitucionalismo para impulsionar os direitos coletivos.

4. “O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE”, de autoria de Diego Lenzi Reyes Romero e Alexandra Barbosa Campos de Araujo. Os autores apresentam a reflexão no sentido de que no Estado Social, o poder público é responsável por concretizar direitos fundamentais, tendo por foco o bem-estar, sendo que a igualdade é princípio norteador dos serviços públicos, os quais são regidos pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da universalidade. No caso, esse último indica que o serviço público deve ser acessível por todos, indistintamente, e adequado, para, assim, efetivar a garantia fundamental prevista legalmente. Observam que a igualdade, no enfoque da pesquisa, é a material, segundo a qual é possível se aplicar um fator de discriminação de modo a garantir que todos os que são efetivamente necessitados, tenham acesso a um serviço público adequado e eficiente.

5. “O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DIANTE DA APATIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA E OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA”, artigo apresentado por Roberta de Miranda

Castellani e Anna Christina Zenkner, O estudo tem por objetivo analisar o problema político contemporâneo no Brasil, sob o enfoque do termo “cidadão” e sua concepção através da evolução histórica, até o conceito contemporâneo como “cidadão soberano”. As autoras focam no princípio constitucional da soberania do povo e o meio pelo qual é efetivado. Analisam o termo “Democracia” e seu real significado. Evidenciam, ao final, uma “apatia” política presente na sociedade brasileira, argumentando que o combate à apatia política deve ser feito para que essa barreira cultural política seja rompida e assim nasça um cidadão com senso crítico próprio e não apenas uma superficialidade de informações recebidas por veículos de comunicação.

6. “FINANCIAMENTO ELEITORAL E DEMOCRACIA – UM ESTUDO SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650”, de autoria de Renan Luiz dos Santos da Silva e Anna Paula Oliveira Mendes. O trabalho analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da problemática que envolve o financiamento de campanhas eleitorais. Os autores inicialmente discutem os modelos de financiamento de campanhas eleitorais, sequencialmente empreendem uma análise do tema sob uma perspectiva de direito comparado e, por final, estabelecem uma crítica da decisão da Suprema Corte, sob a perspectiva das questões políticas e implicações sociais do julgamento na realidade prática da vida política do país.

7. “PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO E CRÍTICAS”, temática apresentada por Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva e Gina Gouveia Pires de Castro. O estudo analisa o Princípio da Legalidade e a Separação dos Poderes, apresentando um histórico da Legalidade no mundo e no Brasil e, ao final, fazem algumas críticas ao primeiro e a forma, como este, vem sendo conduzido na atualidade.

8. “A RESERVA DE INICIATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS”, artigo apresentado por Guilherme Aparecido da Rocha e Daniel Barile da Silveira. O trabalho tem como objeto as leis autorizativas, expediente utilizado por legisladores em relação às matérias cuja iniciativa foi reservada ao chefe do Poder Executivo. Os autores objetivam identificar por que elas são utilizadas, tendo em vista que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as classifica como inconstitucionais. Secundariamente, revisitam a tese de inocuidade, que tem amparado a existência das leis autorizativas. A pesquisa tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir elementos de espécies legais oriundas da década de 30 que continuam a ser utilizadas no âmbito do Poder Legislativo.

9. "(RE)LEITURA DEMOCRÁTICA DA EXPRESSÃO ARISTOTÉLICA: DEVEMOS TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS, NA MEDIDA DE SUA DESIGUALDADE". Tema abordado por Vinicius Da Costa Gomes, que elabora uma pesquisa analítica descritiva da igualdade geométrica e aritmética de Aristóteles possibilitando uma (re)leitura democrática da expressão "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade". Preliminarmente, explica o contexto da frase por meio de uma análise da igualdade geométrica e aritmética. Posteriormente faz uma desconstrução diante da leitura do pensamento kantiano, da igualdade formal e da igualdade material. Por fim, demonstra como a expressão pode ser relida em um contexto democrático.

10. "ANÁLISE DO FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS E DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL", estudo proposto por Ana Paula Gonçalves da Silva e Michele Rocha Cortes Hazar. As autoras destacam a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase ao ativismo judicial. São apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à temática, optando pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideais constitucionais vigentes. Concluem que a existência da teoria discursiva de Jüger Habermas, como alternativa à atividade arbitrária exercida pelo judiciário, demonstra-se mais condizente com um Estado democrático e com o diálogo institucional.

11. "O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988". Artigo apresentado por Adriano Aranão e Renato Bernardi. A pesquisa analisa as possibilidades e limites da discricionariedade administrativa no Estado Social e Democrático de Direito, propondo a releitura dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da igualdade perante a administração. Apresenta critérios distintivos entre ato administrativo vinculado e discricionário, além de discorrer sobre os parâmetros constitucionais e legais que devem nortear a decisão discricionária. Inspirando nas luzes pós-positivistas, a pesquisa conta com a revisão bibliográfica sobre o tema e, adotando o método dedutivo, busca aproximar os preceitos constitucionais da atuação discricionária do administrador público.

12. "O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MEMBRO DE UM SISTEMA DE "COMITÊS-PODERES" EM UMA DEMOCRACIA", de autoria de Daniel Oitaven Pamponet Miguel e Fábio Periandro de Almeida Hirsch. O texto analisa a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo à luz da visão de Sartori sobre o

papel dos comitês em uma democracia. A pesquisa é teórica, qualitativa e assume o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico, justificando-se pela lacuna na literatura nacional quanto à aplicação da categoria “comitê” à posição institucional do Judiciário. Concluímos que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e que sua atuação não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

13. “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA BELA TEORIA PARA UMA PRÁTICA DIFÍCIL”, temática proposta por André Luiz Batalha Alcântara e Henrique Sampaio de Azevedo. O trabalho busca realizar uma avaliação crítica do Princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, descrevem como surgiu esse princípio e como ele foi importado para o Brasil. Posteriormente identificam quatro possíveis acepções para esse princípio e apresentam críticas de cunho fático, hermenêutico e normativo. Por fim, concluem que o referido princípio acaba não atingido o objetivo a que se propõe.

14. “CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL”. Artigo apresentado por Raquel Sant'Ana Bonisson. O trabalho aborda a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, desmitificando o poder discricionário da administração pública, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando atingir o objetivo proposto, o autor, realiza uma análise do sistema de proteção integral da criança e adolescente; do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo, bem como especifica os critérios e limites para tal interferência, levando em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

15. “AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”. Pesquisa exposta por Sandro Seixas Trentin. O artigo pretende analisar as transformações políticas visualizadas no estado contemporâneo, buscando a promoção de um Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas, com ênfase no espaço local como ambiente adequado para desenvolvimento desse processo. O autor fez um estudo sobre o novo cenário para a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos, no que se refere aos direitos fundamentais.

16. “A PROPRIEDADE RURAL NOS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE”, de autoria de João Daniel Macedo Sá. O estudo procura refletir sobre o processo constitucional brasileiro, para tanto, propõe analisar a proteção da propriedade rural a partir dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, que antecederam e delineararam os contornos da Constituição Federal de 1988. Desse modo, procura identificar em que medida, e sob qual contexto político, foi desenhada a fundamentação da proteção conferida à propriedade rural. Ao final, apresenta uma crítica ao resultado do processo legislativo e defende a necessidade de pensar os objetivos das políticas públicas no espaço agrário sob um novo enfoque constitucional, que traduza uma atuação mais eficiente do poder público.

17. “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?”, pesquisa apresentada por Thiago Henrique Costa Silva e João Da Cruz Gonçalves Neto. Baseado no “constitucionalismo do futuro”, de José Roberto Dromi, o artigo busca delinear as características do novo constitucionalismo latino americano e traça um paralelo entre os dois. Para tanto, através de uma abordagem dedutiva, realiza uma pesquisa bibliográfica e estuda de forma comparativa as constituições latinas. Segundo os autores, os pensamentos anticolonialistas são fundamentos desse novo modo de pensar o constitucionalismo, que devolve o poder ao povo, sustentando um Estado plurinacional, promovendo uma verdadeira refundação estatal. Esse modelo, que parte da prática para a teoria, ainda está sendo formatado, mas apresenta avanços inegáveis em relação ao constitucionalismo.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática constitucional e democrática da atualidade.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do estado democrático de direitos.

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Sebastião Sergio da Silveira – Universidade de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres – Universidade Nove de Julho



## **CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL**

### **JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY: EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO CHILD EDUCATION.**

**Raquel Sant'Ana Bonisson**

#### **Resumo**

Esse trabalho aborda a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, desmitificando o poder discricionário da administração pública, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando atingir o objetivo proposto, realiza-se uma análise do sistema de proteção integral da criança e adolescente; do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo, bem como especifica-se os critérios e limites para tal interferência, levando-se em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial, Políticas públicas, Princípio da prioridade absoluta, Mínimo existencial, Reserva do possível

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

This paper discusses the possibility of intervention by the Judiciary in the elaboration and implementation of public policies stemming from the omission of Executive and Legislative, demystifying the discretionary power of public administration, ensuring effectiveness of constitutional principles retaken by Statute Children and Adolescent' Statue. To reach the proposed objective, an analysis of the system of integral protection of the child and adolescent; of the discretionary power of the public administration and the possibility of judicial intervention is required; as well the criteria and limits for such interference, taking into account the minimum existential and the reserve of the possible.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial activism, Public policy, Principle of absolute priority, Existential minimum, Clause of the possible reserve

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, em seu artigo 1º assinala que “*Esta Lei disporá sobre a proteção integral à criança e ao adolescente*”, sendo que a partir da Constituição Federal passa a vigorar em nosso país a Doutrina Jurídica da Proteção Integral que significa que crianças e adolescentes em qualquer situação, devem ser protegidos e seus direitos garantidos, passando estes a serem sujeitos de direitos e pessoas em condições peculiares de desenvolvimento.

Nesse contexto, sendo as crianças e os adolescentes, pessoas em desenvolvimento, deverá lhes ser assegurado o direito à educação, tendo o Poder Público o dever de viabilizar às crianças o efetivo acesso a creches e unidades de pré-escola.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário na implementação das políticas públicas diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo.

Buscar-se-á de modo específico analisar o poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo e Legislativo para a garantia do direito à educação infantil em decorrência da aplicação do princípio da prioridade absoluta.

Adota-se a hipótese de que é possível o Poder Judiciário condenar o Poder Executivo em uma obrigação de fazer, a fim de se assegurar o acesso à educação infantil a todas as crianças e adolescentes, sem que necessariamente esteja interferindo na discricionariedade do administrador público ou violando a separação dos poderes. Nesse caso parte-se do pressuposto que a educação se classifica como direito de segunda geração, atribuído ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Como marco teórico, salienta-se o princípio da prioridade absoluta do menor e do adolescente sob o prisma do art.227 da Constituição Federal e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dessa forma, a fim de se dar efetividade ao princípio da prioridade absoluta consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante a garantia de acesso à educação infantil por crianças e adolescentes, necessária a intervenção do Poder Judiciário para suprir a omissão dos Poderes Executivo e Judiciário.

Inicia-se o trabalho com uma análise do sistema de proteção integral da criança e do adolescente enfatizando-se o momento em que a doutrina jurídica da proteção integral passou a vigorar em nosso país com a constituição federal de 1998 e posteriormente consagrada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em seguida, trata do princípio da prioridade absoluta do menor e do adolescente sob o prisma do art.227 da Constituição Federal e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo uma relação direta entre os dois artigos, tendo este incorporado o princípio constitucional da prioridade absoluta.

Após, faz-se uma análise do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo para a garantia da aplicação do princípio da prioridade absoluta.

Ao final, especifica-se os critérios e limites para a interferência do Poder Judiciário no âmbito do Poder Executivo e Judicial levando-se em consideração o mínimo existência e a reserva do possível.

## **2. SISTEMA DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

A Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990, em seu artigo 1º assinala que “*Esta Lei disporá sobre a proteção integral à criança e ao adolescente*”, acolhendo assim a Doutrina Jurídica da Proteção Integral das Nações Unidas.

A partir da Constituição Federal passa a vigorar em nosso país a Doutrina Jurídica da Proteção Integral que significa que crianças e adolescentes em qualquer situação, não só em situação irregular, devem ser protegidos e seus direitos garantidos, passando estes a serem sujeitos de direitos e pessoas em condições peculiares de desenvolvimento.

O artigo 227, *caput* da Constituição Federal dispõe que:

“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”.

Em 13 de julho de 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente que instituiu-se como Lei Federal n.º 8.069 (obedecendo ao artigo 227 da Constituição Federal), adotando a chamada *Doutrina da Proteção Integral*.

O Estatuto, em seus 267 artigos, garante os direitos e deveres de cidadania a crianças e adolescentes, sendo tais direitos de responsabilidade da família, do Estado ou da comunidade. O Estatuto dispõe em seus 267 artigos sobre as políticas referentes à saúde, educação, adoção, tutela e atos infracionais praticados por crianças e adolescentes.

Ademais, conforme dito anteriormente, a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos e não mais objeto, sendo responsável pela proteção integral daqueles o Estado, a família, entidades comunitárias, a sociedade em geral e cada cidadão em particular.

### **3. PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E ADOLESCENTE**

O art. 1º da Constituição Federal elenca os fundamentos da República Federativa do Brasil que se constitui como Estado Democrático de Direito, sendo um deles a dignidade da pessoa humana:

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.

E mais, no art. 3º, fixa os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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.

Para se garantir a efetividade deste fundamento e dos objetivos acima elencados, nossa Constituição elenca vários direitos fundamentais como, por exemplo, os direitos sociais dispostos em seu art. 6º, sendo eles: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados

No âmbito dos direitos fundamentais de proteção à criança e ao adolescente, a legislação brasileira regulou a matéria no artigo 227 da Constituição Federal, garantindo à criança e ao adolescente absoluta prioridade.

O princípio da prioridade absoluta do menor e do adolescente também foi consagrado e sintetizado no artigo 4º da lei n 8069/1990:

“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 conveniência 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 a juventude.”(grifo meu)

Conforme anteriormente dito, a Doutrina da Proteção Integral passou a vigorar no nosso país a partir da Constituição Federal.

A doutrina da proteção integral reconhece que, sendo as crianças e os adolescentes, pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção especial, diferenciada e integral.

Conforme bem observam Nery Júnior e Machado (2002, p.9;49), por não terem, as crianças e adolescentes, o desenvolvimento pleno de suas potencialidades, característica inerente à condição de seres humanos ainda em processo de formação sob todos os aspectos, "físico (nas suas facetas constitutivas, motora, endócrina, da própria saúde, como situação dinâmica), psíquico, intelectual (cognitivo) moral, social", dentre outros, devem ser protegidos até atingirem seu desenvolvimento pleno. Assim, o legislador constitucional entendeu por bem em proteger-lhes mais do que aos maiores de dezoito anos, garantindo absoluta prioridade de seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver e atingir a plenitude do potencial que pode ser alcançado pelos seres humanos, garantindo-se inclusive, o Princípio da Igualdade, ao ofertar-lhes direitos e prioridades para efetivação de direitos fundamentais de forma a equilibrar suas peculiaridades com o desenvolvimento dos maiores de dezoito anos.

Dalmo de Abreu Dallari (2002, p.28) dispõe que a exigência legal de proteção integral, e a consequente responsabilidade de assegurar prioritariamente os direitos relativos à infância e à juventude:

“... é bem ampla e se impõe a todos os órgãos públicos competentes para legislar sobre a matéria, estabelecer regulamentos, exercer

controle, ou prestar serviços de qualquer espécie para promoção dos interesses e direitos da criança e do adolescente. A partir da elaboração e votação de projetos de lei orçamentária já estará presente essa exigência. Assim, também, a tradicional desculpa de falta de verba para a criação e manutenção de serviços não poderá mais ser invocada com muita facilidade quando se tratar de atividade ligada, de alguma forma a crianças e adolescentes. Os responsáveis pelo órgão público questionado deverão comprovar que, na determinação dos recursos disponíveis, ainda que sejam poucos, foi observada a prioridade exigida pelo Estatuto da Criança e do adolescente.”

A partir do exposto pergunta-se: poderá o Poder Judiciário impor ao Poder Executivo o cumprimento da disposição constitucional que garante proteção integral à criança e ao adolescente?

#### **4. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Muitas são as ações civis públicas propostas por membro do Ministério Público a fim de que medidas sejam tomadas pelo poder executivo para garantia da efetividade do princípio da prioridade absoluta.

O não-acolhimento da pretensão deduzida em juízo decorria, direta ou indiretamente, do chamado poder discricionário do Administrador Público.

O Poder Judiciário entendia não ser possível condenar o Poder Executivo em uma obrigação de fazer, pois assim estaria violando o postulado da discricionariedade administrativa e o princípio da separação dos poderes.

A concepção de Estado de Direito tem como fundamento a submissão do Executivo à lei, sendo que a legalidade toma o lugar da arbitrariedade que imperava na estrutura monarquista.

Ocorre que, deixar ao administrador o poder de agir conforme sua conveniência e oportunidade quando a lei seja omissa, afronta o Estado Democrático de Direito, transformando-se o poder discricionário em arbitrário.

A arbitrariedade ocorre quando o agente age fora dos limites da lei ou em ofensa a esta, caracterizando uma conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

A ideia de que a discricionariedade era vinculada ao poder evoluiu com o fortalecimento do princípio da legalidade, passando então para a ideia de poder-dever.

Assim, a doutrina atual entende em sua maioria que a discricionariedade está mais

vinculada à ideia de DEVER do que com a de PODER.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p.12/14) dispõe que:

“Na ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo – inobstante ramo do direito público – em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública - está posta numa situação que os italianos chamam de doverosità, isto é, sujeição a esse dever de atingir esta finalidade. Como não há outro meio para atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, encilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico. “

O poder discricionário é natural para a prática do direito uma vez que a lei não é capaz de prever todas as condutas de um agente administrativo já que a vida é bem mais rica que a lei, ocorre que tal discricionariedade é mais um DEVER do que um PODER, um dever discricionário.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.47):

*“Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz mais conveniência e oportunidade para o interesse público”.*

Essa liberdade de escolha conferida à administração pública não é um poder absoluto e intocável, está sujeita ao fim estabelecido em determinada lei que caso não cumprido poderá a coletividade e o Poder Judiciário impugná-la.

Muitas vezes tem se afirmado ainda que uma possível intromissão do judiciário no poder executivo configuraria violação à Separação dos Poderes.

Ocorre que a independência entre os órgãos do poder não é absoluta. Existem interferências que objetivam o estabelecimento de um sistema de “freios e contrapesos”, buscando-se um equilíbrio para que se realizem os interesses da coletividade e evite o arbítrio e o desmando de um órgão em detrimento do outro.

É evidente que toda imposição jurisdicional ao Poder Executivo implica em “dispêndio e atuação”, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, já que o Estado Democrático de Direito, o Estado soberano submete-se à própria justiça que o instituiu.

Assim, quando provocado, o Poder Judiciário não pode se recusar a interferir na esfera do Poder Executivo uma vez que é o responsável pela busca do interesse público.

Dispõe o artigo 5º, inc. XXXV que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Sendo assim, conclui-se que, também o poder discricionário administrativo está sujeito ao controle jurisdicional.

Cabe esclarecer ainda que os direitos consagrados no Estatuto da Criança e do adolescente são normas definidoras de direitos e não programáticas.

Definidoras de direito uma vez que não são meras diretrizes traçadas por políticas públicas que ainda não são direitos e sim promessas, mas sim direito consagrado na Constituição Federal e explicitado em norma infraconstitucional, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer com repercussão na esfera orçamentária.

Partindo-se do pressuposto de que a norma do art. 227 da Constituição Federal é definidora de direitos, temos que reconhecê-la como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público.

Pensar de outra maneira e converter o art.227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente em “*meras cartas de intenções*” em “*letras mortas*” no papel.

Conforme exposto anteriormente a Constituição Federal inseriu em seu artigo 227 o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente. Para que não houvesse dúvida a respeito da aplicação de tal princípio, este foi reiterado no artigo 4 da Lei n 8.069/90 (Estatuto da Criança e do adolescente).

O artigo 4º de referida lei infraconstitucional é por si só explicativo, trazendo as diretrizes a serem seguidas pelo interpretador da norma.

A última esperança das crianças e dos adolescentes está no Poder Judiciário e este não pode se omitir de cumprir sua função constitucional que é de proteger o cidadão contra a arbitrariedade estatal.

O Poder Judiciário deve agir com poder e por fim à omissão “abusiva, injustificada, desarrazoada” praticada pelo poder executivo, caso contrário, crianças e adolescentes em situação de risco, continuarão em situação de abandono material e moral, com a anuência do Poder Judiciário.

Se o princípio da proteção integral foi inserido em nossa constituição e consagrado no Estatuto da criança e do adolescente, significa dizer que nossas leis estão indicando quais as prerrogativas devem ser prioritariamente observadas, entre as quais, inclui-se o direito à



assistência médica, moradia, educação e etc.

Nem mesmo a Constituição que é a lei fundamental, impõe restrições para que sejam asseguradas com absoluta prioridade as garantias ali dispostas, nesse diapasão não pode o Poder Judiciário construir interpretações que as prejudiquem, omitindo-se em sua função de garantidor da observância das normas vigentes.

Ademais, nenhuma interpretação da lei, seja pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário, bem como lei hierarquicamente inferior pode restringir os direitos afetos às crianças e adolescentes, garantidos constitucionalmente.

Segundo Conrad Hesse citado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul<sup>1</sup>:

“... aquilo que é identificado como vontade da constituição deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas e que, desperdiçado, não mais será recuperado.”

Suprimir a eficácia do princípio da prioridade absoluta do menor e do adolescente seria condenar a população infanto-juvenil à marginalidade, à opressão, ao descaso. É fazer de um diploma que pretende ser revolucionário-Estatuto da Criança e do Adolescente-instrumento de acomodação.

Os princípios estabelecem um fim a ser atingido, e para que se atinja determinado fim faz-se necessária a adoção de comportamentos necessários à sua realização.

Os princípios infanto-juvenis assegurados na Constituição da República e retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente são princípios-garantia uma vez que possuem um menor grau de vagueza e se aproximam das normas, estabelecendo garantias para o cidadão, orientando a ação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no que se refere à criação de leis que beneficiem as crianças e os adolescentes, adequação orçamentária para assegurar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e no Estatuto e intervenção do Judiciário na esfera do Poder Executivo para tornar reais tais garantias.

Dentre esses direitos públicos subjetivos, encontra-se o direito à educação, tendo o município o dever de viabilizar às crianças o efetivo acesso a creches e unidades de pré-

---

<sup>1</sup> <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id155.htm>

escola.

Atualmente, a creche é equipamento social educacional, voltado para a criança entre 0 e 6 anos de idade, sendo parte da primeira etapa da Educação Básica, juntamente com a pré-escola.

O direito à educação classifica-se como direito de segunda geração, atribuído ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, como oportunamente observa Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra *A eficácia dos Direitos Fundamentais* (2001, p.52):

“A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, mas sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direito a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa.”

Desse modo, em relação ao direito fundamental à educação infantil, esse deverá ser implementado mediante a elaboração de políticas públicas a fim de que a criança tenha efetivo acesso a creches e à educação infantil, sendo que a não implementação das referidas políticas resultará em omissão do poder público e afronta à dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que, não cabe ao judiciário a elaboração e implementação de políticas públicas, sendo tal encargo inerente ao Poder Executivo e Legislativo. No entanto, diante da omissão desses poderes, deverá o Poder Judiciário, garantir a efetividade e a integridade dos direitos individuais e/ou coletivos dispostos na Constituição Federal.

## **5. LIMITES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

### **5.1 Mínimo Existencial**

Entende-se por mínimo existencial a garantia das condições materiais básicas mediante atuação positiva do Estado: “Os direitos cuja observância constitui objeto fundamental do Estado (art.3º da CF/88) e cuja implementação exige a formulação de

políticas públicas, apresentam o núcleo central, que assegure o mínimo existencial, necessário a garantir a dignidade humana”. (Grinover, 2008, p.15)

Cabe ao Estado a promoção dos Direitos Sociais, tendo em vista o direito fundamental ao mínimo existencial, a partir da conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana, da cláusula do Estado Social e dos direitos à liberdade e a vida.

Ocorre que o direito fundamental ao mínimo existencial não é assegurando à grande parte da população, que não possui acesso à educação, saúde, moradia e etc, ficando à margem do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, diante o descumprimento do mínimo existencial em decorrência da omissão do poder legislativo e executivo, justifica-se a intervenção do judiciário nas políticas públicas, a fim de elaborar e implementar programas que assegurem a todos acesso aos Direitos Sociais constitucionalmente assegurados.

No entanto, qual seria o limite da intervenção do judiciário no âmbito das políticas públicas?

## **5.2 Cláusula da Reserva do Possível**

A garantia dos direitos sociais mediante a elaboração e implementação de políticas públicas importam em custos, mas, no entanto, não impedem a sua concretização judicial, pois sua tutela reputa-se inquestionável, não podendo deixar a mercê dos poderes executivo e legislativo.

A ausência de recursos usualmente é a justificativa utilizada pela administração pública para sua omissão. Sabe-se que a escassez de recursos muitas vezes faz com que o Estado, sacrifique alguns direitos em relação a outros, no entanto, tal alegação não poderá ser invocada como impedimento para a imposição de obrigação de fazer pelo Poder Judiciário.

Sarmiento (2016, p.230) aduz que a reserva do possível pode se desdobrar em três componentes: o componente fático; o componente jurídico; e a razoabilidade da prestação.

Entede-se por componente fático a existência de recurso necessários à implementação de determinada política pública devendo ser levado em consideração a abrangência da obrigação de fazer. Isto porque não se deve satisfazer interesses particulares, mas sim todas as pessoas que estão na mesma situação.

O componente jurídico está relacionando a autorização na lei orçamentaria para o dispêndio de dinheiro para efetivação de um determinado direito social, contudo a garantia do mínimo existencial não pode ficar condicionada à discricionariedade do legislativo.

Por fim, quanto a razoabilidade, deve-se buscar o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins a serem alcançados, mediante juízo de ponderação, sempre objetivando a satisfação de interesses de uma coletividade.

Cumpre esclarecer que comprovada de forma concreta que a administração pública não detém recursos para a implementação de determinada política pública, não poderá razoavelmente exigir a efetivação dos direitos social, no entanto, conforme asseverado pelo ministro Celso de Melo no julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP, “a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, poder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Desse modo, sendo o direito fundamental à educação infantil um dos direitos sociais mais expressivos assegurados pela Constituição Federal, não poderá o Poder Público dispor de ampla discricionariedade, e sua omissão implicará em atribuição ao Poder Judiciário a função de formular e implementar políticas públicas caso instado a se manifestar.

## **6 CASOS EXEMPLARES**

I - O Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao Agravo Regimental no RE nº 410.715-5, mantendo a decisão que conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário deduzido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. A Suprema Corte obrigou o Município de Santo André a realizar a matrícula de crianças em creches, adequando o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, ao fundamento de que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado possibilitar o exercício de tal direito, sendo inaceitável a omissão governamental:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER

JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, 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 (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - 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. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (STF - RE: 410715 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 22/11/2005)

II- O mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que em reexame necessário confirmou a sentença de origem que concedeu a segurança, confirmando a liminar, para determinar que a autoridade impetrada – Prefeito do Município de Belo Horizonte, que providencie/mantenha a inscrição/matricula do impetrante, em período integral, em UMEI mais próxima da residência da família, ao fundamento de que todas as crianças têm direito de usufruir gratuitamente dos serviços educacionais prestados pela Administração Pública, podendo inclusive, exigí-lo em juízo, não havendo que se falar em discricionariedade do estado:

CONSTITUCIONAL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À EDUCAÇÃO. MATRÍCULA UNIDADE MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO INFANTIL. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

- A Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

- Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. (ARE 639337 AgR, Relator: Min. CELSODE MELLO, Segunda Turma, j. 23/08/2011)

- Sentença confirmada no reexame necessário.

III – Por fim, mas não com o intuito de exaurir o tema, cumpre mencionar a decisão mais representativa quanto a intervenção do Judiciário no controle de políticas públicas, a qual o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45-9, assim se posicionou:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração) (STF, ADPF 45-9, Relator Min. Celso de Mello, DJ 29/04/2004).

O que se pode observar da análise dos julgados aqui colacionados é que, os Tribunais Pátrios assumiram uma posição ativa quanto a proteção e efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988, caracterizando as decisões como políticas.

## 7 CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que o princípio da prioridade absoluta estabelece uma garantia para crianças e adolescentes, orientando a ação dos Poderes

Executivo, Legislativo e Judiciário.

Crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, e para que tais direitos sejam garantidos com absoluta prioridade faz-se necessária a elaboração de leis que criem oportunidades e facilidades que possibilitem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social da população infanto-juvenil.

Ademais, cumpre salientar a destinação prioritária de verbas para a implantação de políticas econômicas no que se refere às áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, verbas essas escassas nos dias atuais.

Imperioso frisar que o princípio da prioridade absoluta deve ser observado desde a votação de projetos de leis orçamentárias, sendo que mesmo que a destinação dessas verbas sejam poucas, deve-se observar a prioridade absoluta exigida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Conclui-se ainda, que o princípio da prioridade absoluta do menor e do adolescente constitui uma limitação ao poder discricionário da administração pública.

Tal conclusão decorre do próprio princípio da legalidade, vez que o poder discricionário da administração pública está ligado com a ideia de poder-dever, ou seja, uma finalidade a ser cumprida.

Assim, sendo o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente um princípio constitucional, e sendo a Constituição a Lei Maior, não há que se falar em falta de atribuição do Poder Judiciário para determinar como deve agir o Poder Executivo e legislativo quando se trata de direito à educação.

O fato do princípio da prioridade absoluta ter assento constitucional evidencia seu sentido norteador, ou seja, orienta a aplicação e execução das leis, estabelecem um fim a ser atingido sendo necessária a adoção de comportamentos para a sua realização.

No tocante à implementação dos direitos consagrados na Constituição da República e retomados no Estatuto da Criança e do Adolescente, jamais pode ser negada qualquer pretensão deduzida em juízo sob o argumento de que o Administrador possui o poder discricionário de eleger prioridades, uma vez que conforme dito anteriormente a Constituição da República, em seu artigo 227, ampliada pelo artigo 4º do ECA, estabelecem diretrizes a serem seguidas pelo Poder Executivo a fim de que sejam garantidos à criança e ao adolescente com absoluta prioridade educação, saúde, profissionalização infanto-juvenil e outros serviços relativos a estes.

Diante o descumprimento do direito fundamental ao mínimo existencial em decorrência da omissão do poder legislativo e executivo, justifica-se a intervenção do judiciário nas políticas públicas, a fim de elaborar e implementar programas que assegurem a todos acesso aos Direitos Sociais constitucionalmente assegurados, de maneira razoável, tendo como limitação o princípio da reserva do possível.

## 8 BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentals. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Souza. O Estatuto da Criança e do Adolescente em face do Novo Código Civil. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 5.ed.2006

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1998.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.), Políticas Públicas: Reflexões Sobre O Conceito Jurídico.SP:Saraiva, 2006

CHAVES, Antonio. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.ed. São Paulo: LTR,1997.

Coordenação Munir Cury. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais. 8 ed. São Paulo: Malheiros,2006.

COSTA, Tarcísio M. C. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COUTINHO, Heliana Maria de Azevedo. Montesquieu, Do Espírito da Lei, lição clássica da separação dos Poderes? Seminário apresentado no Curso de Filosofia do Direito da Universidade Humboldt, sob a coordenação do Prof. dr. jurs. Hasso Hoffman, semestre de verão de 1999.

CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Dalmo de Abreu Dallari, Estatuto da Criança e do Adolescente- Comentários Jurídicos e Sociais- Malheiros Editores, São Paulo, 2ª e.d. 2002.

Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional, 2ª ed., Malheiros.

FIGUEIREDO, Ivanilda.Políticas Públicas e a Realização dos Direitos Sociais.PA: Sérgio Antonio Frabis , 2006;



ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In Revista de Processo ano 33, nº 164, p 9-28; out./2008. SP: Revista dos Tribunais.

HESS, Heliana Maria Coutinho. O Juiz Agente Político. Campinas,SP:Copola,1998.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. Sentidos da Judicialização da Política: Duas análises Lua Nova: Revista de Cultura e Política, no.57 São Paulo 2002, disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102> –acesso em 17/10/2016

MACHADO, Marcelo Pacheco, Ação Popular e legitimação do indivíduo: instrumento de concretização do escopo político do processo. SP:RDDP. 2007, pp. 55/101.

NERY JÚNIOR, Nelson; MACHADO, Martha de Toledo. O estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil à luz da constituição federal: princípio da especialidade e direito intertemporal. Revista de Direito Privado, São Paulo, v.3, n.12, p. 9-49, out./dez. 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEGORARO, Luiz Nunes. Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. Campinas,SP:Servanda, 2010

PEREIRA, Cássio Rodrigues. Estatuto da Criança e do Adolescente: À luz do direito e da Jurisprudência. Belo Horizonte: Líder, 2002.

RUIZ, Urbano. A Utilização Do Judiciário Para Questionar e Obrigar a Administração a Desenvolver Políticas Públicas, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº36, ano 9, out/dez 2001, pp 253-254.

SARLET, Ingo. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e decisão jurídica. 4 e.d. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, José de Farias. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, José de Farias. Direito da Infância e da Juventude. 1.ed.Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. RJ: Renovar, 2009.

VIANNA, Luís Werneck et alii. A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.

RJ, Ed. Revan, 1999.