

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - ProPPEC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS
RELACIONADAS AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

GEOVANI WERNER TRAMONTIN

Itajaí (SC), dezembro de 2009.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
ProPPEC**

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
CPCJ**

PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS
RELACIONADAS AO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

GEOVANI WERNER TRAMONTIN

Dissertação submetida à Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito final
à obtenção do título de Mestre Acadêmico em
Ciência Jurídica

Orientador: Professor Doutor Alexandre Moraes da Rosa

Itajaí (SC), dezembro de 2009.

AGRADECIMENTOS

O homem é um produto. Produto do meio social onde viveu seus primeiros dias; produto dos ensinamentos escolares; produto também da influência das amizades firmadas ao longo de sua existência, do seu casamento, da relação com os seus filhos, do seu meio de trabalho; enfim, inúmeras são as pessoas responsáveis pela estabilidade profissional e pessoal do autor da presente dissertação. A todos elas eu agradeço. Agradeço especialmente aos meus pais, à minha esposa, aos meus filhos, aos meus sogros, aos meus irmãos, cunhados e também aos amigos, especialmente ao meu orientador, pelo estímulo, paciência e compreensão em cada uma das etapas de minha trajetória. Espero que o presente trabalho, que representa parte deste produto, possa contribuir de alguma forma para o bem da sociedade e para plantar no coração daqueles que me são caros, especialmente meus filhos Caio César e Otávio - que em razão da estreita e constante convivência carregarão consigo partes do produto que me tornei, valores frutos de muito trabalho, estudo e sofrimento - almejando que as lições de perseverança, determinação, compreensão e solidariedade, possam contribuir para que sejam felizes e para a felicidade daqueles que os cercam.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, a Banca Examinadora, o Orientador e o Co-Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, 15 de dezembro de 2009.

Geovani Werner Tramontin

Mestrando

ROL DE CATEGORIAS E SEUS CONCEITOS OPERACIONAIS

Criança e adolescente

Seres humanos em fase de desenvolvimento físico e psicológico, e, por isso, sujeitos de direitos que necessitam de especial atenção do Estado que, através de políticas públicas, tem a obrigação de assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade e ao respeito, evitando todas as formas de negligência, exploração e violência.

Direitos Fundamentais

São os direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico através de um processo de “fundamentalização” (precisamente pela sua incorporação às Constituições), quando os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito do Estado Constitucional¹.

Discrecionariiedade

Margem de liberdade, estabelecida em lei, atribuída ao gestor público, quando considerado o especialista para tomar a decisão mais adequada à população. Contemporaneamente, deve a discrecionariiedade estar voltada a alcançar a finalidade legal, o bem público, o interesse comum.

Estado Social e Democrático de Direito

Modelo de Estado adotado no Brasil, em razão da previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais. Sob a ótica do Estado Democrático de

¹ Conceito operacional elaborado a partir das ideias de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

Direito, o Direito é visto como um instrumento de transformação social e a lei passa a ser um instrumento da ação concreta do Estado².

Garantismo

O Garantismo é um modelo normativo de direito baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais³.

Intervenção Judicial

Ato de competência exclusiva do Poder Judiciário destinado a interferir na sociedade, como resultado do seu poder jurisdicional. A intervenção judicial se revela necessária diante dos conflitos resultantes de excessos ou omissões legais, que é feita por meio do controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, que são postos à análise do Poder Judiciário através dos vários instrumentos previstos na própria Constituição da República.

Mínimo existencial

Conceito vinculado simbioticamente ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio este, que é referência para o limite mínimo de atenção do Estado.

Ministério Público

Instituição constitucionalmente criada para a defesa da aplicação da lei e manutenção do sistema democrático, tendo sido legitimado também para defender os direitos sociais e individuais indisponíveis.

Razoabilidade

² Conceito operacional baseado nas idéias de SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 62 e STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31.

³ Conceito operacional construído a partir da ideia de ROSA, Alexandre Morais da. O que é garantismo jurídico? Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20.

Postulado jurídico, utilizado como instrumento de interpretação/aplicação do direito, através de um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos⁴.

Orçamento Público

Ato através do qual o Poder Legislativo prevê e autoriza o Poder Executivo, por certo período e em detalhes, a realização das despesas destinadas a prestação dos serviços e ao atendimento de seus fins, bem como a obtenção de receitas para tanto necessárias⁵.

Políticas Públicas

São instrumentos de execução de programas políticos fundados na intervenção do Estado na sociedade com o fito de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos. Consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante a limitações e imposições previstas na Constituição; visa assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos e demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico⁶.

Pré-compreensão

É pré-juízo e pré-conceito que o intérprete tem do *Ser*. A pré-compreensão auxilia o sujeito na construção do sentido do objeto, pois os valores são concretizados através da vivência do ser-no-mundo. Se há a compreensão de algo como algo, é porque há uma pré-compreensão que permite fazer isso, e ela é um produto da sociedade. As ideias não surgem do nada, como pensaram algumas tradições metafísicas; elas são rastreadas pela pré-compreensão⁷.

⁴ Conceito operacional formulado a partir da ideia de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 112-113.

⁵ Conceito operacional elaborado com base na ideia de SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito tributário e financeiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

⁶ Conceito operacional elaborado a partir do pensamento de APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 136/144.

⁷ Conceito operacional alicerçado nas ideias de HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Vol. I. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

Princípios

São normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Configuram-se em “mandatos de otimização”, podendo ser cumpridos em diferentes graus⁸.

Prioridade absoluta

Princípio previsto no art. 227 da CR/88, que estabelece a forma com que a criança e o adolescente devem ser tratados pela família, sociedade e Estado: “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”.

Procedimentalismo

Teoria que privilegia o respeito à forma de acesso, as quais foram discutidas politicamente, representando a vontade do povo sufragada por seus representantes eleitos. Afirmar que cabe ao Poder Judiciário assegurar que os instrumentos de acesso sejam respeitados, sendo a “forma” um fator determinante para que o resultado seja alcançado legitimamente. Para LUHMANN a legitimidade do Direito somente é alcançada através da observância rigorosa das formas⁹.

Proporcionalidade

Postulado jurídico utilizado para no exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos na solução de um conflito (segurança, liberdade, vida, etc) especificamente em função da medida adotada. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim¹⁰.

Proteção integral

⁸ Conceito operacional elaborado a partir das ideias de ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1997, p. 86.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

¹⁰ Conceito operacional baseado no pensamento de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 112-113.

Princípio sobre o qual foi edificado o Estatuto da Criança e do Adolescente, previsto já em seu art. 1º, o qual trata criança e adolescente como sujeitos de direitos, reformulando as determinações do Código de Menores, que pressupunha que crianças e adolescentes em desconformidade com a lei se encontravam e situação irregular, quando na verdade a falha estava na família e no Estado, que se omitiam de suas obrigações. Assim, com base em tratados e convenções internacionais inseriu-se no atual ordenamento jurídico tal teoria, que objetiva dar proteção integral à criança e ao adolescente, fornecendo-lhes todos os instrumentos para que tenham o pleno desenvolvimento físico e intelectual e sejam colocados a salvo de todas as formas de abusos.

Substancialismo

Teoria que configura o conjunto de fins a serem perseguidos pelo Estado, sendo a efetivação de direitos subjacente ao instrumento utilizado para alcançá-lo. O modelo substancialista adota a perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do entendimento de que a Constituição é a explicitação do contrato social. Na perspectiva substancialista, concebe-se o Poder Judiciário numa nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*¹¹.

Reserva do possível

Argumento utilizado pelo Poder Público para justificar os limitados recursos do Estado em relação às necessidades ilimitadas da população para a sua existência com dignidade.

¹¹ Conceito operacional formulado a partir da idéia de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p.42-43.

ROL DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Civil

ACP – Ação Civil Pública

ADCT/88 – Atos das Disposições Constitucionais e Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgR – Agravo Regimental

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ – Diário de Justiça

DJU – Diário de Justiça da União

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

J – Julgamento

LACP – Lei da Ação Civil Pública

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

MP – Ministério Público

PPA – Plano Plurianual de Ações

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/SC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TR/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SUMÁRIO

RESUMO	xiv
ABSTRACT	xv
INTRODUÇÃO	1

Capítulo 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Perspectiva histórica e evolução dos Direitos Fundamentais	05
1.1.1 Primeiras manifestações na história	05
1.1.2 Conceituação de Direitos Fundamentais	08
1.1.3 Evolução dos Direitos Fundamentais e a construção do Estado Social e Democrático de Direito	11
1.1.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil	14
1.2 Sistema jurídico e princípios constitucionais	17
1.2.1 Noção de sistema jurídico	17
1.2.2 Distinção entre regras e princípios	19
1.2.3 Classificação dos princípios constitucionais	21
1.3 Direitos Fundamentais e a Teoria Garantista	24
1.4 O papel do Poder Judiciário e a efetividade dos Direitos Fundamentais: Procedimentalismo e Substancialismo	32

Capítulo 2

POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO

2.1 Políticas Públicas.....	40
2.2 Orçamento Público e instrumentos legais: PPA, LDO e LOA.....	51
2.3 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.....	59
2.4 Enfoque do princípio da Prioridade absoluta.....	66

Capítulo 3

SUBSTANCIALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Adoção de uma postura Substancialista: Efetivação dos Direitos Fundamentais.....	71
3.2 O Ministério Público como defensor dos Direitos Fundamentais.....	85
3.3 A efetivação dos Direitos Fundamentais no Direito da Criança e do Adolescente.....	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	111

ABSTRACT

This study focuses on the phenomenon of judiciary control of public policies related to the rights of children and adolescents, through a search on the legislative, theoretical and jurisprudential vision of the theme. It seeks to examine, from these three perspectives, the contemporary view of fundamental rights and the need for those responsible for protecting the rights of children and adolescents to adopt a position on the issue based on substantialism theory, as a means of rejecting the extreme procedural posture that leads to ineffective rights. It also links the achievement of Fundamental Rights to the consolidation of the Social and Democratic State, particularly from a perspective of the guarantee of fundamental rights (based on Luigi Ferrajoli's theory). It analyzes the legal instruments available to the State for elaborating its budget in the most democratic way possible, which includes participatory democracy. It emphasises the legal hermeneutics and the interpretation of the constitutional principles that support children and adolescents, and the way in which the adoption of a substantialist/guarantist stance enables them to be made effective, particularly in view of the alleged budget constraints of the Government. In this context, it presents the institutions responsible for implementing the Fundamental Rights related to children and adolescents, focusing primarily on the role of the Public Prosecution Service¹ and its legal and constitutional attributions in this area, and how the influence of substantialist/guarantist theory can eliminate the figure of the "*Promotor de gabinete*", building a pro-active institution that is committed to its social function and the effectiveness of the constitutional principles.

Key words: Judicial Control of Public Policies; Social and Democratic State of Law; Fundamental Rights; Children and Adolescents; Substantialism; Public Prosecution Service

¹ Institution that has the responsibility to protect the law, democracy, social interests and indispensable individual rights. Although this is not an ideal comparison, it can be taken as a kind of District Attorney or Commonwealth Attorney.

RESUMO

A presente pesquisa objetivou estudar o fenômeno da intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas relacionadas ao direito da criança e do adolescente, mediante verificação da visão normativa, teórica e jurisprudencial sobre a matéria. Objetivou-se examinar, sob estes três campos de visão, a perspectiva contemporânea de Direitos Fundamentais e a necessidade da adoção de uma postura substancialista sobre o tema, por aqueles responsáveis pela tutela dos direitos da criança e do adolescente, como forma de rechaçar postura procedimentalista extremada. Também se relacionou a conquista dos Direitos Fundamentais à consolidação do Estado Social e Democrático de Direito. Toda essa abordagem se deu sob o prisma da Teoria Garantista. Estudou-se os instrumentos legais para que o Estado elabore seu orçamento e a forma com que se dá a atuação das entidades de democracia participativa, nesta seara. Deu-se ênfase à hermenêutica jurídica e à interpretação dos princípios constitucionais, que amparam a criança e o adolescente, e à forma com que a adoção de uma postura substancialista/garantista permite com que eles sejam efetivados, inclusive diante da alegada limitação orçamentária do Poder Público. Neste contexto, apresentou-se as instituições responsáveis pela efetivação dos Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente, com o enfoque principal ao Ministério Público, tendo sido abordadas as suas competências legais e constitucionais para atuação nesta área, e como a influência da teoria substancialista/garantista pode eliminar a figura do “Promotor de gabinete”, consolidando-se uma instituição pró-ativa e comprometida com sua função social e com a efetividade dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Intervenção Judicial; Políticas Públicas; Estado Social e Democrático de Direito; Direitos Fundamentais; Criança e Adolescente; Substancialismo; Ministério Público.

INTRODUÇÃO

O tema que será abordado no decorrer da presente dissertação diz respeito a intervenção judicial em Políticas Públicas relacionadas ao direito da criança e do adolescente, que se revela de especial importância diante da premente necessidade do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como instrumento de liberdade, pois sem dignidade o ser humano jamais poderá alcançar a liberdade capaz de o impulsionar à busca de melhores condições de vida, situação agravada quando se trata de pessoas em processo de desenvolvimento. Isso implica em afirmar que a grande desigualdade social faz com que milhões de pessoas não sejam contempladas por valores mínimos de dignidade e respeito e, como tal, desconheçam as verdadeiras razões pelas quais, geração após geração, continuam vivendo à margem da sociedade, perpetuando a miséria inerente à classe social a que são submetidos.

Sobre o tema, perfeita é a ilustração de TOCQUEVILLE: “Voltemos aos primeiros anos; examinemos a criança, mesmo nos braços da mãe; vejamos o mundo exterior refletir-se, pela primeira vez, em seu olhar, obscuro espelho da inteligência; contemplemos os primeiros exemplos que marcam esse olhar; escutemos as primeiras palavras que despertam nele as potencialidades adormecidas do pensamento; assistamos, enfim, as primeiras lutas que há de travar; somente então compreenderemos de onde vêm os preceitos, os hábitos e as paixões que dominarão sua vida. O homem está, de certa forma, todo contido nos cueiros que o envolvem no berço”¹.

Isto evidencia que o ser humano cresce e se desenvolve no meio social em que é inserido, sendo a família a primeira célula de evolução e, quando não recebe da sociedade em geral e principalmente do Estado os instrumentos

¹ TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América*. 3ª Ed. Tradução Leônidas Gontijo de Carneiro. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 191

necessários à transformação, tem-se como resultado o comprometimento da atual geração, bem como futuras.

O meio social em que a criança e o adolescente se encontram deve lhes fornecer o mínimo de dignidade e, para tanto, são formuladas e executadas pelo Poder Público determinadas Políticas Públicas, que são instrumentos que o Estado utiliza para intervir na economia e na vida da população, destinadas a atender os reclamos sociais com o objetivo de efetivar os Direitos Fundamentais conquistados pelo homem durante a sua história.

Nesse contexto, urge a necessidade de uma tomada de posição por parte das instituições públicas, fazendo com que se consiga reverter o atual quadro de descaso, especialmente no que diz respeito aos Direitos Fundamentais, notadamente com aqueles que recebem especial atenção por parte da legislação estatal, que são as crianças e os adolescentes, que não raras vezes se encontram e situação de risco social causado por omissões estatais e familiares, que implicam em abusos de variadas espécies, resultando em um desenvolvimento completamente comprometido.

Assim, mostra-se imprescindível verificar a forma com que o Poder Público trata as Políticas Públicas relacionadas ao direito das crianças e adolescentes sob pena de não se conseguir lhes assegurar condições aceitáveis para desenvolvimento físico, psíquico e espiritual; isso justifica a escolha do tema tratado na presente dissertação, que tem como objetivo institucional a qualificação para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, proporcionado pela Pró-reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação Extensão e Cultura da Univali.

Há a adequação do tema na linha de pesquisa proposta pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, “Hermenêutica e Principiologia Constitucional” em razão da abordagem do trabalho se dar com base nos princípios constitucionais fundamentais, mormente aquele sufragado no art. 227 da Constituição da República de 1988, que estabeleceu o princípio da prioridade absoluta no atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Também, na tangente hermenêutica, o presente trabalho busca abordar a importância da pré-compreensão dos conceitos de Estado Social Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pelo Poder Público e pelas instituições competentes pela tutela dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, tratando-se especialmente da necessidade da adoção de uma teoria substancialista para ser aplicada aos instrumentos de defesa destes direitos, com a destacada importância do Ministério Público como mecanismo de acesso. Serão enfatizadas as principais diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente e a necessidade uma maior intervenção judicial nas Políticas Públicas propostas pela Lei e pela Constituição, através da hermenêutica principiológica, com o fito de se ver maior efetividade dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República.

Verifica-se a necessidade de uma maior intervenção judicial nas Políticas Públicas, de competência dos Poderes Legislativo e Executivos revelam o objetivo geral do trabalho, tendo em vista que esta deve se reger pelos princípios constitucionais, levando-se em consideração a necessária análise do princípio da independência dos poderes e da discricionariedade administrativa. Especificamente, pretende-se demonstrar que o poder discricionário se revela inadequado quando o objeto das Políticas Públicas se destinarem aos direitos das crianças e adolescentes, as quais devem receber tratamento público com prioridade absoluta.

É cediço que, sobre o tema da intervenção judicial em Políticas Públicas, vários são os entendimentos e correntes que tratam da matéria:

Uma entende que o Poder Judiciário possui competência para intervir em Políticas Públicas sempre que estiver em xeque a efetividade dos Direitos Fundamentais, supondo que não se pode transigir com tais interesses, na medida que o Estado foi criado para prestar serviços de qualidade e sempre que tais interesses forem aviltados mostra-se necessária à intervenção jurisdicional;

Outra, ao contrário, afirma que em razão de as Políticas Públicas serem assuntos pertinentes aos Poderes Legislativo e Executivo, cujos agentes estariam legitimados pelo voto a realizar o juízo sobre a necessidade e possibilidade de sua implementação, acreditando que posição discordante abalroaria por completo o princípio da independência dos poderes da República;

Por último, tem-se uma terceira corrente que entende que a intervenção poderia ser possível desde que visasse assegurar um conjunto irreduzível de condições mínimas a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, em obediência ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, estando condicionada, no entanto, à reserva do possível e à razoabilidade, supondo ser indissociável a utilização dos princípios Constitucionais na análise da discricionariedade administrativa.

O método utilizado na investigação, efetuada por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, foi o indutivo, para o tratamento dos dados, optou-se pelo método cartesiano e, no relatório da pesquisa, a base empregada foi a indutiva.

Para melhor desenvolvimento dos estudos e relatório da pesquisa, a abordagem temática será estruturada em três capítulos e estes em subcapítulos, de modo a permitir a sequência lógica da exposição.

No primeiro capítulo, abordar-se-á a ideia dos Direitos Fundamentais sob a perspectiva de sua evolução histórica e a contribuição para a consolidação do Estado Social e Democrático de Direito, tal qual o brasileiro. Também se apresentará uma síntese da noção de sistema jurídico e princípios constitucionais, bem como a distinção entre regras e princípios constitucionais e sua classificação doutrinária. No mesmo capítulo, serão tratados os Direitos Fundamentais à luz da Teoria Garantista e sobre debate entre as teorias procedimentalistas e substancialistas sobre o papel do Poder Judiciário na efetividade dos Direitos Fundamentais.

O segundo capítulo será dedicado à temática “Políticas Públicas e Orçamento”, abordando-se inicialmente a noção de Políticas Públicas, após, os instrumentos legais para a programação orçamentária das Políticas Públicas e as teorias da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”, pertinentes à matéria. Por fim, abordar-se-á o enfoque dado no ordenamento jurídico brasileiro ao princípio da prioridade absoluta.

No terceiro e último capítulo, tratar-se-á da adoção de uma postura substancialista em relação à existência de um “decisionismo judicial”, dedicando-se especial atenção ao Ministério Público como defensor dos Direitos Fundamentais. O

desenvolvimento do relatório de pesquisa é encerrado com a demonstração da necessidade de se dar maior efetividade os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, ressaltando-se o entendimento da matéria por parte de alguns tribunais brasileiros.

As Considerações Finais encerram o conteúdo investigatório, em apertada síntese, com as conclusões obtidas pelo pesquisador.

CAPÍTULO 1

DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Perspectiva histórica e evolução dos Direitos Fundamentais

1.1.1 Primeiras manifestações na história

Os Direitos Fundamentais - essenciais para a solidificação do Estado Democrático e Social de Direito - tratados na presente dissertação, têm sua importância revelada ao longo de toda a história da humanidade. Segundo Gregório PECES-BARBA MARTÍNEZ, um estudo da história permite compreender a gênese do poder político democrático e a sua conexão aos Direitos Fundamentais¹. Assim, torna-se indispensável a apresentação de uma síntese da sua conquista e evolução no decorrer do tempo.

A luta pelo estabelecimento de limites ao exercício de poder de um homem sobre o outro remonta à criação da própria sociedade, sendo também encontrados tais registros na Grécia, como manifestado na “Antígona”², de Sófocles (496 a.C – 406 a.C). Num momento seguinte, a religião – especialmente o cristianismo - arrogou-se no direito de conceber os direitos humanos como prerrogativa apenas de seus súditos e daqueles que professavam seus dogmas, através do reconhecimento do homem com a imagem e semelhança de Deus, tendo como principal expoente a obra de São Tomás de Aquino (1225-1274).

¹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Colección Cursos 3. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial Del Estado, 1995.

² Creonte (*A Antígona*) - Fala, agora, por tua vez; mas fala sem demora! Sabias que, por uma proclamação, eu havia proibido o que fizeste?

Antígona - Sim, eu sabia! Por acaso poderia ignorar, se era uma coisa pública?

Creonte - E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?

Antígona - Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! In: SOFOCLES, *Antígona*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

É a evolução dos chamados Direitos Fundamentais que servem de norte para a consolidação do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais do homem³. Os direitos do homem, reconhecidos na *Lex Fundamentalis*, atribuem um sentido normativo às pretensões que, segundo BOBBIO, “emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”⁴.

Tendo em vista que o objeto do presente estudo é a análise dos Direitos Fundamentais manifestados na norma positivada - integrantes da construção Estado Social e Democrático de Direito – será a evolução na história do Direito Positivo a receber maior ênfase, registrando-se a manifestação dos Direitos Fundamentais também na corrente jusnaturalista, cuja conceituação será abordada adiante.

Na história do direito positivo, os primeiros importantes documentos que versaram sobre o tema são datados dos séculos XII e XIII, apontando-se como principal manifestação dos Direitos Fundamentais do homem a *Magna Charta Libertatum*, de 1215, que consistiu em um pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra⁵ e pelos bispos e barões, objetivando garantir aos nobres alguns privilégios feudais, servindo como referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade. Cronologicamente, citam-se as importantes declarações de direito inglesas do século XVII: a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Bill of Rights*, de 1689, e o *Establishment Act*, de 1701. Nos referidos documentos ingleses, os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos (direito de petição, proibição das prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, bem como a lei como uma

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 32.

⁵ João I (1166-1216), também conhecido como “João Sem-Terra”, foi Rei da Inglaterra, Duque da Normandia e Duque da Aquitânia. Quinto filho de Henrique II, não herdou nenhuma terra quando da morte de seu pai, fato que lhe outorgou o cognome. Ao assinar a *Magna Charta Libertatum*, em 1215, deu início à monarquia constitucional na Inglaterra.

garantia fundamental e uma certa liberdade de expressão) limitam o poder monárquico, afirmando o Parlamento perante a coroa inglesa⁶.

O movimento iluminista do século XVIII, especialmente através das suas revoluções Americana e Francesa, também legou importantes documentos que versaram sobre os Direitos Fundamentais. A Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, revela-se um marco, pois significa a transição dos direitos de liberdades legais ingleses para os Direitos Fundamentais constitucionais⁷. Pela primeira vez os direitos naturais do homem são acolhidos e positivados como Direitos Fundamentais constitucionais. Outra declaração, de idêntica importância, é a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, surgida na Revolução Francesa, sob a bandeira dos auspiciosos postulados da liberdade, igualdade e fraternidade. Tal documento sustenta maior conteúdo democrático e social, servindo de arrimo para as Constituições francesas de 1791 e 1793, sendo reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados.

Destaca-se que tanto a Declaração do Povo da Virgínia, de 1776, quanto a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, se inspiraram em fontes jusnaturalistas, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não de uma casta ou estamento. A Declaração de 1776 tinha apenas Direitos Fundamentais enquanto a Declaração de 1789 legou ao mundo os direitos humanos⁸.

Nota-se, desde logo, a existência de uma distinção terminológica (senão ontológica) entre “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos” para abarcar, aparentemente, um mesmo tema, os direitos (humanos) fundamentais. Assim, faz-se necessário esclarecer o emprego da referida terminologia, por meio de uma análise conceitual, que será perfilada a seguir.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 41-43.

⁷ A Declaração do Povo da Virgínia (12. jun. 1776) surgiu durante a Revolução Americana e precede a importante Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (04. jul. 1776).

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 43-45.

1.1.2 Conceituação de Direitos Fundamentais

A terminologia adotada para se tratar dos Direitos Fundamentais, por vezes, revela o uso indiferente das expressões Direitos Humanos, Direitos do Homem e Direitos Fundamentais⁹. Entretanto, segundo a doutrina de SARLET, as expressões possuem significados diferentes:

os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista (jusracionalista) dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Neste sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições), os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito do Estado Constitucional¹⁰.

PARDO afirma que a positivação dos Direitos Fundamentais é a sua manifestação formal e, os relacionados à filosofia prática, não-positivados, é a sua manifestação material, não havendo como o aspecto formal abarcar todos aqueles adstritos ao aspecto material, pois os Direitos Fundamentais são um invento independente das determinações do poder juridicamente estabelecido. Entretanto, salienta o autor que, quando se atribui um conceito ao termo, já se está fundamentando-o, pois o conceito de Direitos Fundamentais varia de acordo com determinada concepção filosófica, política, ideológica e, também, religiosa, não sendo o problema hodierno a sua conceituação, mas a sua efetivação¹¹, conforme também observou BOBBIO:

quando digo que o problema mais urgente que temos que enfrentar não é problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar¹².

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 514.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 32.

¹¹ PARDO, David Wilson de Abreu. *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 08, 10-13.

¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 26.

Encontra-se o exemplo da conceituação jusnaturalista na obra de LOCKE, quando afirma racionalmente que o homem, por natureza, tem direitos que não podem ser subtraídos ou alienados, pois o estado de natureza é aquele de perfeita liberdade e igualdade, no qual o homem dispõe plenamente da própria pessoa e posses sem limites¹³.

Outro exemplo da conceituação jusnaturalista de direitos humanos se encontra abarcado no pensamento de KANT, que, atendendo aos ditames de seu imperativo categórico¹⁴, afirma que os valores de dignidade, liberdade e igualdade são valores que se referem a Direitos Fundamentais, pois, na pureza da razão, exige-se que se veja em cada homem a imagem da humanidade¹⁵. São postulados *a priori*, que adquirem realidade jurídica no modelo de Estado Liberal, que na lição de PARDO, é “onde se garante a cada indivíduo uma esfera de imunidade pela qual pode perseguir seus fins próprios”¹⁶.

RAWLS, em sua obra “Uma Teoria da Justiça”, atribui o *status* de Direitos Fundamentais tão somente àqueles derivados do princípio da liberdade e, mesmo não negando a possibilidade de formulação de novos direitos nas etapas constitucional, legislativa e judicial, não lhes atribui o *status* de fundamentais, deixando de dar conta dos direitos sociais, econômicos e culturais, colocando-os em posição secundárias¹⁷. Mais um exemplo de que a conceituação dos Direitos Fundamentais é variável de acordo com as convicções filosóficas, históricas, etc, é a apresentada por DWORKIN em “*El imperio de la justicia*”, quando afirma que fundamental é o direito de ser tratado como igual, em consideração e respeito, representando uma reformulação do princípio de igualdade formal. Também os

¹³ LOCKE, John, *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 41 (§ 19). (Clássicos da democracia).

¹⁴ “Imperativo categórico”, sinteticamente, é tratado por KANT da seguinte forma: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 51.

¹⁵ KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Trad. De Marco Antônio de A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989, p. 52-53.

¹⁶ PARDO, David Wilson de Abreu. *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*. p. 23.

¹⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UNB / Departamento de Teoria Literária e Literaturas, 1971 (Pensamento político), p. 192.

direitos econômicos, sociais e culturais não recebem o mesmo *status* dos direitos civis, de liberdade¹⁸.

Gregório PECES-BARBA MARTÍNEZ, ao tratar sobre o tema afirma:

Los derechos humanos son una forma de integrar justicia y fuerza desde la perspectiva del individuo propio de la cultura antropocéntrica del mundo moderno. En el horizonte de la comprensión de los derechos humanos, moral y Derecho aparecen conectados por el Poder. Los derechos fundamentales que se originan y se fundan en la moralidad y que desembocan en el Derecho lo hacen a través del Estado, que es punto de referencia de la realidad jurídica a partir del tránsito a la modernidad. Sin el apoyo del Estado, esos valores morales no se convierten en Derecho positivo, y por consiguiente, carecen de fuerza para orientar la vida social en un sentido que favorezca su finalidad moral. En el mundo moderno una determinada concepción de la moralidad, una moral humanista de la libertad y de la dignidad, y una concepción política convierte en valores políticos, los propios de una democracia pluralista, de un Estado social y democrático de Derecho - , coinciden en un Ordenamiento cuyos valores jurídicos son los derechos fundamentales y políticos que los justifican. Son moralidad legalizada¹⁹.

Assim, focada na análise dos direitos humanos à luz do direito constitucional positivo, o termo mais adequado a ser utilizado é “Direitos Fundamentais”, pois remete à ideia de direitos do homem na legitimação da ordem jurídico-política estabelecida, coadunando com o *status* da norma que o agasalha, que é a norma fundamental²⁰.

Objetivando-se facilitar a compreensão da conceituação dos Direitos Fundamentais, são eles apresentados pela doutrina, na história do direito positivo, em quatro gerações^{21/22}, cada qual relacionada à proteção de determinados

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *El império de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. De Claudia Ferrari. Barcelona, Gedisa, 1988, p. 124-125. *Apud* PARDO David Wilson de Abreu. *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*. p. 30-32.

¹⁹ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. p. 105.

²⁰ De acordo com PARDO, o êxito definitivo alcançado pelo termo se deu a partir de sua utilização na Lei Fundamental de Bonn, portanto, em uma Constituição escrita. *In*: PARDO, David Wilson de Abreu. *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*. p. 09-10. A Lei Fundamental de Bonn foi promulgada em 23 de maio de 1949 pela Assembleia Constituinte da Alemanha.

²¹ Sendo sinônimas as expressões “gerações” e “dimensões” de Direitos Fundamentais.

²² De acordo com SARLET existem autores que não se limitam à convencional classificação das três gerações, tratando de direitos de quinta e sexta gerações. *In*.: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 45.

interesses da humanidade em determinados períodos históricos²³, conforme se verá numa melhor análise no tópico subsequente.

1.1.3 Evolução dos Direitos Fundamentais e a construção do Estado Social e Democrático de Direito

A evolução da conquista dos Direitos Fundamentais reflete na transformação e aperfeiçoamento do Estado até se chegar ao modelo do Estado Social Democrático de Direito, isto porque, como afirma BOBBIO: “Os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências [...]”²⁴.

Observa-se, no entanto, que a classificação fragmentada da evolução dos Direitos Fundamentais, embora traga facilidades para o efeito didático, não pode ser transportada integralmente para a realidade, que exige uma visão mais ampla de indivisibilidade e de inter-relação. Neste sentido, afirma SARLET que “não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos Direitos Fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância” isto porque, segundo o autor, a “fantasia das chamadas gerações dos direitos”, conduz à compreensão equivocada de que os direitos se substituem ao longo do tempo²⁵. É sob a ótica da complementaridade que se passa a analisar as gerações dos Direitos Fundamentais e o delineamento da formação do Estado Social e Democrático de Direito.

Pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais de primeira geração têm como base o pensamento liberal-burguês, surgiram no século XVIII, e correspondem a uma incorporação dos direitos subjetivos naturais, relacionados às liberdades públicas como a vida e a liberdade, caracterizados pelo limite à atuação

²³ Verifica-se que o desencadeamento das conquistas dos direitos fundamentais, atendem aos postulados da importante Declaração dos Direitos do Homem de 1789, materializando-se primeiramente a afirmação dos direitos de liberdade, após os de igualdade e fraternidade.

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 25.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 45.

do Estado frente ao indivíduo, determinando-se um *non facere* por parte desse e, reconhecendo-se, também, alguns direitos civis e políticos²⁶. É no período da primeira geração dos Direitos Fundamentais que foi lançada a diretriz material das primeiras Constituições, exemplificada por meio da máxima trazida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo a qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”²⁷. Com a superação da monarquia absolutista, há a edificação do “Estado de Direito”, “Estado Liberal” ou ainda o chamado “Estado Constitucional”.

No início do século XX, surgem os Direitos Fundamentais de segunda geração que são os chamados direitos de proteção sociais, caracterizados pelo direito dos cidadãos de exigir uma prestação positiva, um *facere*, por parte do Estado para sua proteção, como o direito a educação, saúde e o fomento do trabalho²⁸, tendo em vista a necessidade de correção das desigualdades econômicas e sociais advindas da Revolução Industrial. A segunda geração dos Direitos Fundamentais também impulsiona o surgimento do “Estado Social de Direito”, pois somente a liberdade do Estado de Direito não era suficiente para assegurar a dignidade aos homens, necessitando-se agregar valores sociais, na busca pela consolidação do Estado material de Direito, pretendendo-se a realização de uma justiça social²⁹. Ressalta-se que, no período da segunda geração de Direitos

²⁶ Segundo José Afonso da SILVA, são características desse período: “(a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente pelo poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais”. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112-113.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 58.

²⁸ No sentido de se permitir ao cidadão a obtenção de um posto de trabalho, conforme explica PECES-BARBA MARTÍNEZ: “*se contruye la idea de un derecho al trabajo como derecho a obtener un puesto de trabajo, partiendo de que el trabajo es una condición de la dignidad humana*”. In: MARTÍNEZ, Gregório Preces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. p. 170.

²⁹ José Afonso da SILVA, ao lecionar sobre a matéria afirma que o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, precisou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade e integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, hodiernamente, deixou de ser formal, neutro e individualista, para se transformar em Estado

Fundamentais, surgem os principais documentos internacionais específicos de proteção à criança e ao adolescente, citando-se a “Declaração de Genebra”, elaborada pela Organização Não Governamental *Save the Children* e aprovada pela Liga das Nações em 1924³⁰ e a “Declaração dos Direitos da Criança”, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 1959.

Os Direitos Fundamentais de terceira geração, por sua vez, estão relacionados com o direito de fraternidade ou solidariedade, ou seja, há um desprendimento da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos (povo, família, nação, humanidade), com as necessidades sociais de massa, proveniente da urbanização das sociedades humanas. Segundo SARLET, há a caracterização dos “direitos de titularidade difusa ou coletiva”, possuindo como destinatários “o gênero humano”, sendo elencados os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como as garantias contra a manipulação genética, morte com dignidade, sendo esses últimos já tratados por alguns autores como direitos de quarta geração³¹.

Por fim, mais recentemente, discute-se a existência de uma quarta geração de direitos relacionados, como já citado, à manipulação genética, biotecnologia e Bioengenharia, que tratam de questões relacionadas a vida e a morte e requerem uma discussão ética prévia, bem como os direitos à democracia (direta), informação e pluralismo. Nota-se que o Estado Social e Democrático de Direito surge com a incorporação do princípio da democracia ao Estado Social, objetivando albergar os Direitos Fundamentais que surjam no decorrer do tempo. SARLET destaca que os Direitos Fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático, da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, com o reconhecimento da igualdade, um espaço de liberdade real, bem como a outorga do direito a

material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 115.

³⁰ Não se pode deixar de registrar que na legislação brasileira, há indícios de proteção ao direito da criança no Decreto nº. 1.313 de 1891 que determinava a idade mínima de 12 (doze) anos para o trabalho.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 48.

participação no processo político. Há o reconhecimento de uma relação de interdependência e reciprocidade entre democracia e Direitos Fundamentais³², conforme o autor:

além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado em nosso direito positivo vigente³³.

Neste passo, sendo o Brasil um Estado Social e Democrático de Direito, faz-se necessário aprofundar o estudo do tratamento dado por sua vigente Constituição aos Direitos Fundamentais, que se passa a expor no próximo item.

1.1.4 Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil

O Brasil, já em sua primeira Constituição, outorgada em 1824, pelo então imperador D. Pedro II, previu a garantia dos Direitos Fundamentais para se coadunar com a Garantia dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, porém não havia uma política que efetivasse a proteção desses direitos.

Após mais de vinte anos de regime de exceção, originado no golpe militar de 1964, o Brasil inicia um processo de redemocratização de suas instituições, que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988.

Nota-se o compromisso ideológico dos Direitos Fundamentais como pilar básico do Estado Democrático de Direito brasileiro logo no preâmbulo da Constituição:

para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos,

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 61.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 62.

fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias³⁴

Considerada a Constituição mais democrática do Estado brasileiro, a CR/88 ampliou consideravelmente o rol das garantias dos Direitos Fundamentais, elevando-os ao *status* cláusulas pétreas³⁵, cuja alteração não poderá se efetivar nem mediante Emenda Constitucional, possuindo aplicação direta/imediata³⁶.

Como fundamentos da República, entre outros, destaca-se que o Constituinte adotou a cidadania e a dignidade da pessoa humana³⁷. Como objetivo da República elencou a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais, bem como a proteção de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade, cor³⁸.

Entre os direitos e garantias fundamentais, à guisa de exemplo, reforçou o princípio da igualdade, ampliou as liberdades, modificou o conceito da propriedade, impondo-lhe funções sociais, projetou instrumentos para defesa de Direitos Fundamentais (Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Corpus*, *Habeas Data*), impôs a proteção do consumidor, estabeleceu novas garantias processuais penais e civis, realizou acréscimos a direitos sociais e positivou alguns direitos difusos, uma categoria de direitos que pertence a coletividade, destacando-se o direito ao meio ambiente saudável³⁹.

Assim, na Constituição de 1988, foram positivados os direitos humanos tanto os individuais como os sociais, difusos e coletivos, contemplando as diversas gerações, também estando em sintonia com a Declaração Universal de 1948⁴⁰.

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constiti%C3%A7ao.htm>.

³⁵ Art. 60, § 4º, da CR/88.

³⁶ Art. 5º, § 1º, da CR/88.

³⁷ Art. 1º, II, III, da CR/88.

³⁸ Art. 3º, II, IV, da CR/88.

³⁹ Art. 225, da CR/88.

⁴⁰ A “Declaração Universal dos Direitos Humanos” foi adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

O rol de Direitos Fundamentais foi ampliado pelas emendas constitucionais, destacando-se a inclusão do § 3º ao art. 5º que prevê a possibilidade de aprovação, com *status* de Emenda Constitucional, de tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Chama-se a atenção para o fato dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente serem tratados como “prioridade absoluta”⁴¹, tema que receberá melhor atenção no curso deste estudo.

Assim, os Direitos Fundamentais são encontrados na CR/88 em sua acepção formal e material. No que tange à fundamentalidade formal, ligada ao direito positivo, verifica-se que os Direitos Fundamentais, integrantes de uma Constituição escrita, estão no ápice de todo ordenamento jurídico. No que diz respeito à qualidade, encontram-se submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional (cláusulas pétreas), são normas diretamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas. Já no que tange à fundamentalidade material, ela decorre de serem os Direitos Fundamentais elementos constitutivos da Constituição, contém decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade, todavia, é por meio do direito positivo que a noção de fundamentalidade material enseja a abertura da Constituição a outros Direitos Fundamentais não incluídos expressamente no texto Maior⁴².

SARLET afirma que existe um verdadeiro sistema formado pelos Direitos Fundamentais da CR/88, que objetivam a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana⁴³:

este necessariamente será, não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo e auto-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante⁴⁴.

Segundo o autor, o referido sistema se sustenta uma vez que a própria Constituição constitui, na condição de estatuto jurídico fundamental da

⁴¹ Art. 227, da CR/88.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 74-75.

⁴³ Art. 1º, III, da CR/88.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 70.

comunidade (não se dissociando Estado e sociedade) um sistema normativo aberto de regras e princípios, que será aprofundada a seguir.

1.2 – Sistema jurídico e princípios constitucionais

1.2.1 – Noção de sistema jurídico

A evolução histórica dos Direitos Fundamentais e a conquista de uma ordem constitucional, revela os traços do fortalecimento do próprio Direito, da consolidação de um sistema jurídico. Segundo ROSS, “A ciência do direito no sentido mais estrito ocupa-se de um sistema de direito definido numa sociedade definida”⁴⁵.

De acordo com CANARIS, um sistema supõe a ideia de ordem e unidade, sendo o sistema jurídico definido como uma “ordem teleológica de princípios gerais de direito”⁴⁶.

O sistema jurídico também pode ser visto como um sistema aberto ou fechado. Sistema jurídico, como objeto da ciência do direito, segundo o pensamento positivista de KELSEN, pode ser visto como um sistema fechado, metodologicamente impermeável, isto porque a ciência jurídica possui objeto e características próprias, diferenciados de outras ciências (e elementos externos do direito), logo, o sistema jurídico exclui tudo quanto não pertença ao seu objeto, sendo independente da realidade social. Também, a teoria pura do direito consubstancia uma teoria jurídica formal e não reconhece, em regra, nos princípios o caráter de norma jurídica⁴⁷.

Já, segundo Eros GRAU, o sistema jurídico é visto como um sistema aberto, no sentido que é incompleto, se modifica e evolui, isto porque, a abertura do

⁴⁵ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 45.

⁴⁶ CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 18/77.

⁴⁷ GRAU afirma que os positivistas, em regra, não reconhecem nos princípios o caráter de norma jurídica. In: GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 31.

sistema científico decorre da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico^{48/49}.

Na visão de Niklas LUHMANN, o direito pode ser visto como um sistema autopoietico, ou seja, um sistema que reproduz suas operações recorrendo a a si próprio, sendo um sistema normativamente fechado, cognitivamente aberto⁵⁰. TEUBNER refere-se à teoria autopoietica de LUHMANN afirmando que, segundo ela:

O Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de LUHMANN, “não existe direito fora do direito, pelo que sua relação com o sistema social, o sistema jurídico, não gera nem *inputs* nem *outputs*”⁵¹.

Para a teoria sistêmica desenvolvida por LUHMANN, o sistema político e o sistema jurídico apresentam códigos e programas específicos que lhes dão fechamento e operacionalidade próprios. Assim, a forma adotada de processamento desses sistemas proporciona resultados e interações sociais particulares - autonomia sistêmica - o que impede uma interação entre eles⁵².

⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 22.

⁴⁹ Ao seguir o pensamento de GRAU, STRECK afirma: “faço a distinção entre texto (jurídico) e norma (jurídica). Isto porque o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, diferente do *texto*. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua inserção *no mundo da vida*. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é *um conjunto de interpretações*, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (texto, enunciados) é *uma ordem jurídica apenas potencialmente*, é um *conjunto de possibilidades*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. In: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 25.

⁵¹ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 02.

⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

Adotando-se a teoria da ordem jurídica como um sistema normativo aberto, GRAU⁵³ esclarece que ele é composto essencialmente de regras e princípios, cuja distinção será melhor abordada a seguir.

1.2.2 – Distinção entre regras e princípios

Os princípios, ao contrário das regras, nem sempre receberam o *status* de norma jurídica, visto que a dogmática positivista tradicional afirmava que eles teriam um caráter puramente axiológico, ético, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Entretanto, conforme exposto anteriormente, a doutrina moderna afirma que as normas jurídicas (em geral e constitucional) se enquadram em duas categorias diversas: as regras e os princípios⁵⁴.

De acordo com BARROSO, a distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio se tornou um fator determinante para a superação do positivismo legalista, onde as normas se limitavam às regras jurídicas. Sobre o tema, são expoentes doutrinários o norte-americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, cujas ideias, respeitadas as diferenças peculiares, dominam a teoria jurídica contemporânea⁵⁵.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 22.

⁵⁴ De acordo com CANOTILHO: “Saber como distinguir, no âmbito do superconceito **norma**, entre **regras** e **princípios**, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *«Proximidade» da ideia de direito*: os *princípios* são *«standarts»* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de *«justiça»* (Dworkin) ou na *«ideia de direito»* (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.”

In: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Ed. Almedina: 2003, p. 1160-1161.

Em síntese, afirma a teoria de DWORKIN que as regras são, normalmente, relatos objetivos que descrevem determinadas condutas e são aplicáveis a um determinado conjunto delimitado de situações. Se ocorre a hipótese prevista, a regra deve incidir pelo mecanismo da subsunção. As regras são aplicáveis por completos ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Neste sentido a aplicação de uma regra se dá na modalidade, denominada pelo autor de “tudo-ou-nada”, ou seja, se existe o conflito entre regras, somente uma será válida. Nas palavras de DWORKIN:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares a cerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁵⁶.

Os princípios possuem abstração maior que as regras, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes, indeterminado, de situações. A aplicação dos princípios não se submete ao método “tudo-ou-nada”, pois, em razão de entrarem em tensão dialética entre si, os princípios são aplicados mediante *ponderação*: diante do caso concreto o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, diante de concessões recíprocas, preservando-se o máximo de cada um⁵⁷. Neste sentido, afirma ALEXI:

los principios son normas que ordenan que algo se realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinados por los principios e reglas opuestos⁵⁸.

DWORKIN, ao tratar dos princípios jurídicos afirma:

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 350-351.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 352.

⁵⁸ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1997, p. 86.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativada de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia⁵⁹.

Em síntese, acerca da distinção e afirmação das regras e dos princípios, afirma BARROSO que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma equilibrada distribuição de regras e princípios, onde as regras possuem função referente à *segurança jurídica* e os princípios, pela sua flexibilidade inerente, dão margem à realização da *justiça* no caso concreto⁶⁰.

1.2.3 – Classificação dos princípios constitucionais

A evolução dos Direitos Fundamentais, especificamente na história da cultura jurídica ocidental e da brasileira, conforme sucintamente exposto no sub-capítulo anterior são, positivamente, componentes da edificação do Estado (Constitucional) Social e Democrático de Direito, onde se contempla o estabelecimento de uma “ordem jurídica”, especialmente, pela conquista de uma Carta Constituinte.

A ordem jurídica constitucional tem como fundamento ou qualificação essencial, normas eleitas pelo constituinte⁶¹. Segundo GRAU, as normas jurídicas compreendem um gênero do qual são espécies as regras e os princípios⁶². BARROSO afirma que as normas, especialmente as constitucionais, podem ser enquadradas em duas categorias: normas-princípio e normas-disposição⁶³.

BOBBIO vincula os conceitos operacionais de norma ao de ordenamento jurídico, integrando-os. Esta integração se mostrou necessária à formulação do conceito de Direito, posto que não é possível a definição do Direito do

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 42.

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 352.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 151.

⁶² GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 22.

⁶³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 151.

ponto de vista da norma jurídica, isoladamente. Por isso, sua construção teórica teve que se ampliar para poder afirmar que uma “norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que podem exercê-las e a sua execução”⁶⁴.

Por possuírem uma finalidade destacada dentro da ordem jurídica, representando uma síntese dos seus valores mais relevantes, com a finalidade de melhor instruir o deslinde do presente estudo, será dedicada maior atenção aos princípios constitucionais (ou normas-princípio).

Isto porque, segundo a cátedra de BONAVIDES, as Constituições “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁶⁵. Assim, de acordo com BANDEIRA DE MELLO:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁶⁶

Os princípios se irradiam no sistema normativo e repercutem sobre outras normas constitucionais e infraconstitucionais. De acordo com o seu grau de atuação no sistema, eles variam em amplitude de sua aplicação e influência, podendo ser divididos em princípios fundamentais ou estruturantes, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais.

Os princípios fundamentais contêm as decisões políticas estruturais do Estado, são tipicamente os fundamentos da organização política do estado, neles, por exemplo, se consubstancia a opção política do Estado: unitário ou

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 10. ed. 1999, p. 22. E complementa o autor, afirmando que o conceito de norma leva necessariamente à concepção do direito como ordenamento, pois ao “definir o direito através da noção de sanção organizada e institucionalizada, pressupõe um complexo orgânico de normas”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. p. 27.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 264.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros: 2006, p. 841-842.

federação, república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo, regime democrático, etc. Por representarem a ideologia política irradiada em todo o ordenamento jurídico, servem de limites às mutações constitucionais e somente podem ser superados através de um novo momento constituinte originário⁶⁷. Acerca dos princípios estruturantes, destaca-se a lição de CANOTILHO:

Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma união perfeita alude Larenz). Assim, por exemplo, o princípio do Estado de Direito é densificado através de uma série de subprincípios [...]. Estes princípios gerais fundamentais podem, por sua vez, densificar-se ou concretizar-se ainda mais através de outros princípios constitucionais especiais⁶⁸.

BARROSO, ao tratar sobre os princípios fundamentais, chama atenção para o princípio da dignidade da pessoa humana⁶⁹, como “centro axiológico da concepção de Estado democrático de direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos Direitos Fundamentais”⁷⁰.

Neste sentido, demonstra-se que os princípios gerais, possuem menor grau de abstração, compondo importantes especificações dos princípios fundamentais. Detêm, em muitos casos, a tutela imediata das situações jurídicas que contemplam, citando-se os exemplos, na Constituição brasileira vigente, dos princípios consagrados no seu art. 5º ^{71/72}.

Por fim, importa esclarecer que os princípios setoriais ou especiais presidem um conjunto de normas específicas, relacionadas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Sua irradiação é limitada, mas o âmbito de atuação é supremo. Por vezes significam mero detalhamento dos princípios gerais como o da legalidade tributária ou da legalidade penal, por vezes são autônomos como o do concurso público em matéria de administração pública⁷³.

⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 155.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*., p. 1174.

⁶⁹ Art. 1º, III, da CR/88.

⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 375.

⁷¹ Situado no Capítulo I do Título II da CR/88: “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 155-156/375.

⁷³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 156.

1.3 Direitos Fundamentais e a Teoria Garantista

O Garantismo Jurídico, cujo maior expoente teórico é o jurista italiano Luigi FERRAJOLI⁷⁴, é uma teoria que objetiva, essencialmente, dar efetividade ao direito, especialmente os Direitos Fundamentais, sem descuidar das garantias legais, assegurando a aplicação dos princípios fundamentais sem deixar de observar formalidades básicas inerentes a qualquer procedimento.

Esclarece MORAIS DA ROSA que:

a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito a *dignidade da pessoa humana* e seus *Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isto porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantiar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material* na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena de deslegitimação paulatina das instituições estatais⁷⁵.

Afirma FERRAJOLI, que o termo garantismo pode ser entendido como modelo normativo de direito, que se estrutura a partir do princípio da legalidade, que seria a base do Estado de Direito, o qual, sob a ótica epistemológica, pressupõe um sistema de poder que assegure, já no viés político, reduzir o grau de violência e enaltecer a liberdade e, no campo jurídico, criar um sistema de proteção do cidadão para conter os abusos do Estado, que sofre uma limitação garantista ao seu poder.

Acrescenta ainda que o garantismo pode ser medido por graus quando se relaciona o sistema normativo (constitucional) e a efetividade do funcionamento do sistema. Por exemplo: A CR/88 possui um grau de garantismo

⁷⁴ Luigi Ferrajoli (1940) é nascido na Itália, foi Juiz entre os anos de 1967 e 1975. Professor de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito, dedicou-se à docência, primeiro na Universidade de Camerino e, atualmente, na Università degli Studi Roma Tre. É autor das seguintes obras: *Teoria assiomaticizzata del diritto*, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, *A cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale* e numerosos ensaios sobre teoria do direito, lógica jurídica, metodologia da ciência jurídica e crítica do direito.

⁷⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003, p. 20.

elevado quando são considerados os princípios constitucionais, entretanto, é posto em níveis baixos quando se considere a sua prática efetiva⁷⁶.

O objetivo de FERRAJOLI com tais assertivas foi afirmar a possibilidade do questionamento da efetividade das Leis em contraste com sua validade e aplicação ao mundo empírico, desconsiderando-se a norma que não garanta a pretendida efetividade dos Direitos Fundamentais, devendo este ser o seu instrumento de legitimidade⁷⁷.

Assim sendo, em sua obra “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal”⁷⁸, FERRAJOLI apresenta com várias acepções de garantismo objetivando evidenciar que seus preceitos extrapolam a esfera penal, servindo de subsídio para uma teoria geral do garantismo – baseada no respeito à dignidade humana - aplicável, portanto, a todos os ramos do direito, consubstanciando-se uma teoria geral.

Seguindo este norte, o jurista italiano indica quatro frentes garantistas: A primeira é vinculada à revisão da teoria da validade, diferenciando validade/material e validade/formal das normas jurídicas. A segunda busca reconhecer uma dimensão substancial da democracia, suplantando seu aspecto meramente procedimental desta. A terceira propõe uma maneira de ver a sujeição do Estado (incluindo-se a figura do Juiz) à lei somente por ser lei, em seu aspecto formal, pretendendo-se que a sujeição se dê somente quando estão em sintonia a forma com o conteúdo das normas. Finalmente, a quarta frente garantista analisa a

⁷⁶ Esclarece FERRAJOLI: “uma Constituição pode ser muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de garantias – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito legítimo”. FERRAJOLI, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁷⁷ O Garantismo entendido como uma “teoria jurídica da “validade e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” do “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas) interpretando-a como antinomia – dentro de certos limites fisiológica e for a destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. In: FERRAJOLI, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. p. 684.

⁷⁸ FERRAJOLI, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 766 p.

relevância da ciência jurídica, cujo papel deixa de ser meramente descritivo, recebendo contornos críticos e projeção do futuro.

Destaca-se que o nascimento do Garantismo coincide com uma “crise” do direito, onde a sua interpretação e aplicação têm variado de forma tão extremada pelos operadores jurídicos que parece que a legislação usada, em um e em outro caso, não faz parte do mesmo arcabouço constitucional/legal⁷⁹. Diante da referida crise, e considerando-se a necessidade da consolidação do Estado Social e Democrático de Direito, o Garantismo Jurídico revela-se como uma razoável alternativa para assegurar e garantir os Direitos Fundamentais conquistados pelo homem ao longo de sua história.

A dicotomia que se faz referência pode ser facilmente verificada através do pensamento dos positivistas ortodoxos em confronto com sociologismo extremado, rasgando-se a legislação em favor de favorecimentos pessoais e concessões assistenciais desmedidas, como se não houvesse a necessidade de sopesar as dificuldades dos meios de produção e a capacidade financeira do Estado em atender aos reclamos sociais. É este “vazio” que o garantismo objetiva suprir, ou seja, atender a essência do social não abdicando do caráter procedimental, ou melhor dizendo, diminuindo as diferenças da normatividade do ser para com a efetividade do dever-ser jurídico e legal.

A alteração proposta pelo garantismo se justifica em razão de que nos dias atuais, infelizmente, com o entendimento que se encontra arraigado entre os poderes constituídos – que desconsideram Direitos Fundamentais mínimos, a exemplo da dignidade humana⁸⁰ – de que qualquer decisão que se fundamente na Constituição da República e em seus princípios norteadores, é considerada uma

⁷⁹ De acordo com STRECK existe uma crise de dupla face no Direito e especificamente na dogmática jurídica, informada pelo paradigma liberal-individualista-positivista e pela Filosofia da Consciência. Ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁸⁰ KANT concebe “dignidade” partindo da autonomia ética do ser humano, considerando esta autonomia como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto. Também entende a autonomia da vontade como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrados nos seres racionais, constituindo fundamento da dignidade da natureza humana. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Martin Claret, 2002.

decisão crítica, ou seja, o juiz que aplica a Constituição em suas decisões recebe adjetivações pejorativas. Chega-se, inclusive, ao absurdo de afirmar que a discricionariedade administrativa deve prevalecer em detrimento de investimentos na educação, saúde e segurança pública.

A resistência à teoria exposta ocorre devido ao entendimento de que o garantismo é utilizado como um obstáculo à efetividade do processo, isto é, acredita-se que o excesso de proteção das “formas” dificulta à efetividade da substância, havendo colisão de interesses. Tal pensamento não se justifica, pois, em verdade, o que existe são interesses convergentes na medida em que a defesa da teoria é pela ética na busca da efetividade, pois de nada adianta, por exemplo, conseguir-se uma condenação exemplar de um criminoso se as provas foram obtidas por meios ilícitos, ou mesmo através de uma confissão obtida utilizando a tortura. É importante enfatizar que imparcialidade, e presunção de inocência, por exemplo, não significam indiferença judicial à efetividade da Lei e dos Direitos Fundamentais.

Nesta seara, nota-se que uma das grandes questões levantadas pela Teoria Garantista é a conceituação de Direito Fundamental, ou seja, sobre qual direito poderia assim ser considerado, pois sendo ele componente da estrutura legislativa de um país, sua criação e aplicação são submetidas ao poder vigente, podendo tal norma jurídica ser criada em um sistema despótico, cujas disposições legais atenderiam ao “soberano” em atividade em determinado momento da evolução humana, a exemplo da estrutura de poder em países submetidos a regimes ditatoriais.

Segundo ROSS, o direito possui como objetivo o aperfeiçoamento da ideia de justiça a ele inerente, mencionando, ainda, que

a ideia formal de igualdade ou justiça como estrela polar para orientação político-social carece de todo o significado, é possível advogar a favor de qualquer postulado material em nome da justiça. Isto explica porque todas as guerras e conflitos sociais [...] foram travados em nome da exaltada ideia de justiça⁸¹.

⁸¹ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. p. 320.

Apenas para ilustrar o que se diz, basta analisar os escritos de Thomas HOBBS, em sua obra “O Leviatã”⁸², onde se trata de uma sociedade onde prepondera a força e a luta de todos contra todos, confrontando-a com a sociedade de direito dos dias atuais, onde as instituições foram fortalecidas justamente para que a personalização da autoridade não mais persista.

Observa-se, como já perfilado na introdução deste capítulo, que o entendimento do que venha a ser Direito Fundamental adquire um papel determinante, inclusive com a inviabilidade de haver um conceito universal, pois é notório que alguns países possuem uma concepção altamente avançada enquanto outros ainda submetem seus povos a verdadeiras atrocidades⁸³, e o que é pior, em ambos os casos respeitando os Direitos Fundamentais vigentes em seus países, supostamente, não se negligenciando os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Todavia, a liberdade e a dignidade, igualmente, devem passar pelo crivo da razoabilidade e da proporcionalidade, que serão melhor estudados no próximo capítulo, pois evoluíram juntamente com as civilizações não devem ser desconsiderados, de modo especial em Estados Sociais e Democráticos de Direito, como o brasileiro, onde vigora a proibição do retrocesso social⁸⁴.

Acerca dos Direitos Fundamentais, FERRAJOLI afirma que são

⁸² HOBBS, Thomas, *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

⁸³ Neste sentido, cita-se o que ocorre na África, onde as mulheres do grupo étnico e seminômade dos Massai sofrem clitoridectomia, que é a mutilação genital feminina efetuada nas adolescentes que atingem a puberdade pelas mais velhas do grupo.

⁸⁴ São as chamadas “cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de proibição de retrocesso social”, é dizer, consagradas legalmente prestações sociais, o legislador não pode mais eliminá-las “retornando sobre seus passos”. A tese em questão foi acolhida pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão nº 39/84, que declarou inconstitucional o DL nº 254/82 que revogara parte da Lei nº 56/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde. Nesse acórdão ficou assentado que “a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

aqueles cuja garantia é necessária para satisfazer o valor das pessoas e realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais – do direito de propriedade aos direitos de crédito-, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a “todos” em igual medida, como condições da identidade de cada um como pessoa e/ou como cidadão. É esta igualdade e, ao mesmo tempo, este seu nexos com os valores da pessoa humana que consente identificar-lhes a soma com a esfera da tolerância e as suas violações com a esfera do intolerável⁸⁵.

No Brasil, os Direitos Fundamentais individuais e sociais estão basicamente disciplinados no art. 5º ao 11, da Constituição da República, reconhecendo-se, por exceção, o princípio da extraterritorialidade, com a possibilidade de as normas de direito internacional também serem consideradas aplicáveis no ordenamento jurídico pátrio, justamente para que um padrão mínimo internacional seja seguido⁸⁶.

Não é por acaso que os Direitos Fundamentais estão inseridos na Constituição da República, considerada uma norma rígida que para ser modificada exige um *quorum* diferenciado⁸⁷, podendo ainda ser conceituados como cláusulas pétreas, instrumento que impossibilita qualquer alteração em suas disposições⁸⁸. Isso, justamente em razão de serem os Direitos Fundamentais uma norma estruturante, ou seja, um núcleo irreduzível aos anseios do Estado, limitador de sua força.

Neste viés, impende observar que os Direitos Fundamentais não só limitam a atuação do poder Executivo, eles também estabelecem o que pode ser deliberado pelo Legislativo e o que deve ser assegurado pela intervenção do Judiciário.

Ao analisar as disposições legais constantes nos dispositivos acima, especialmente a sua inaplicabilidade atual, verifica-se, no pensamento Luis Alberto WARAT, citado por MORAIS DA ROSA, que

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. teoria do garantismo penal*. p. 727.

⁸⁶ Art. 5º, § 2º, da CR/88.

⁸⁷ Conhecido como “*quorum* qualificado” está previsto no art. 60, § 2º da CR/88 que a proposta de Emenda Constitucional será apresentada e votada, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁸⁸ Art. 60, § 4º, IV, da CR/88

o normativismo como ideologia da exegese, como garantia efetiva dos direitos fundamentais, são ineficazes e funcionam como se fossem promessas de amor. Aquelas que se formulam os amantes quando sabem que não poderão ser cumpridas. O mesmo acontece com as constituições que incorporam, qual se fossem promessas de amor, a garantia de certos direitos de cumprimento impossível. As garantias, além de sua expressão normativa, precisam de orçamento, vontade política para cumpri-las e participação social, que produza o sentido dessas garantias, realizando a sua cidadania. Faltando os requisitos aqui enumerados, limitando-nos às palavras dos textos legais, teremos garantias que funcionam como simples e impossíveis promessas de amor ⁸⁹.

Nesse contexto, ressalta-se a necessidade de se utilizar o garantismo jurídico como mecanismo de efetividade de direitos, especialmente dos Direitos Fundamentais, valendo-se, para tanto, da intervenção judicial e das teorias substancialistas. Isto porque, inobstante ser uma determinada norma formalmente perfeita deve ela ser considerada inválida em razão de não atender, substancialmente, os princípios, os fundamentos, os objetivos e, por fim, os Direitos Fundamentais previstos na Constituição da República. Sobre efetividade, aplicável à teoria garantista, BARROSO diz que

efetividade significa [...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social ⁹⁰.

Nascem, portanto, os vários instrumentos judiciais para se controlar os atos dos Poderes Executivo e Legislativo que exercem a parcela de poder estatal a eles incumbida sem a observância plena do direito vigente. E nem poderia ser diferente, pois, aparentemente, estes dois poderes não aplicam o conhecimento necessário para aferir a legalidade/constitucionalidade de seus atos, principalmente quando confrontados com a teoria substancialista do direito, que será abordada no próximo tópico no presente trabalho.

Mas, para que se tenha uma noção mais precisa acerca dos direitos e garantias em comento, especialmente à diferença existente entre um e outro termo, desde já se deixa consignado que o direito, seja de liberdade ou mesmo sociais são elementos limitadores do poder estatal, aquele funcionando como limite

⁸⁹ *Apud* ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2-5.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 248.

à atuação do Estado, privilegiando a liberdade, este lhe impõe obrigações positivas de atenção justamente para dar concretude às disposições constitucionais que têm a dignidade da pessoa humana como um núcleo irreduzível mínimo de atendimento.

Ao abordar a questão, FERRAJOLI diz que:

Los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos substanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los derechos sociales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer ⁹¹.

E também afirma que *configuran los derechos fundamentales*

todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos en cuanto dotado Del status de personas. Entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por uma norma jurídica ⁹².

Neste sentido, o garantismo, entendido como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que estes não devem e o que devem decidir, pode ser visto com uma conotação (não formal, mas) estrutural e substancial da democracia. As garantias, liberais ou sociais, exprimem de fato os Direitos Fundamentais do cidadão contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos aos dos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às majorias integradas⁹³.

Vê-se, portanto, que os direitos e garantias constantes em uma Constituição são, na verdade, o parâmetro de medição de legitimidade e qualidade de sua democracia, funcionando como efetivas técnicas de tutelas de direitos. Nesta toada, afirma CADEMARTORI sobre o tema:

No Léxico político, quando se fala em garantia, e em garantismo, pretende-se indicar as tutelas e defesas que protegem um bem específico, e este bem específico é constituído pelas posições dos indivíduos na sociedade política, isto é, pelas liberdades individuais e direitos sociais e coletivos. Quando se fala em garantismo, fala-se na defesa e suporte dessas liberdades e direitos. Uma ulterior restrição do significado do termo provém da tradição jurídica: as garantias das liberdades e direitos que surgem sob o rótulo do 'garantismo' são defesas e tutelas de carácter jurídico; são pois os instrumentos com os

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantias – la ley del mas debil*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 23

⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias - la ley del mas debil*. p. 37-38.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. teoria do garantismo penal*. p. 693.

quais o direito assegura um certo número de liberdades e direitos, que são precisados, definidos e instituídos pelo próprio direito ⁹⁴.

Uma vez exposta a relação visceral entre a teoria garantista e os Direitos Fundamentais, recebendo o garantismo uma conotação substancial de democracia, faz-se necessário aprofundar o estudo das teorias substancialistas e procedimentalistas e o papel do Poder Judiciário em relação à efetividade dos Direitos Fundamentais.

1.4 O papel do Poder Judiciário e a efetividade dos Direitos Fundamentais: Procedimentalismo e Substancialismo

O Estado Social e Democrático de Direito, surgido com a incorporação do princípio da democracia ao Estado Social, alberga em sua constituição os Direitos Fundamentais conquistados no decorrer da história. Neste sentido, afirma STRECK que o Estado Democrático de Direito representa a “vontade constitucional do Estado Social”. Todavia, segundo o referido autor, no Brasil, cuja modernidade é considerada “tardia e arcaica”, tal Estado Social sequer existiu, devendo, então, ser o próprio Estado o agente principal de toda a política social^{95/ 96}.

Assim, a noção de Estado Democrático de Direito está intrinsecamente vinculado à efetivação dos Direitos Fundamentais, que compõe, como já visto no subcapítulo anterior, pressuposto, instrumento e garantia do princípio democrático.

⁹⁴ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007, p 85-87.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 35, 24-25.

⁹⁶ O Estado Democrático de Direito brasileiro adota o modelo de tripartição dos Poderes proposta por Montesquieu (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Cap. VI do Livro XI), dividindo-se em Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que os três poderes, além de um sistema de freios e contrapesos para controle do abuso do poder, são considerados conjunta e isoladamente agentes de toda a política social.

A propósito, acerca do princípio democrático⁹⁷, onde o governo deve ser exercido pelo povo e para o povo, apesar de ele estar consignado na Constituição da República, verifica-se que, efetivamente, não é aplicado, havendo a discussão sobre a concepção “formal” e “substancial” do termo. Neste sentido, preleciona BOBBIO:

Os direitos e garantias fundamentais estão diretamente ligados à democracia, sendo que esta possui dois significados distintos, representados pelas expressões ‘democracia formal’ e ‘democracia substancial’. A primeira diz respeito aos meios, que são precisamente as regras de comportamentos universais, mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso, ou seja, independentes da consideração dos fins. A segunda indica um certo conjunto de fins, entre os quais se sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independente dos meios adotados para alcançá-los⁹⁸.

Como uma síntese das etapas anteriores, objetiva o Estado Democrático de Direito a construção de condições de possibilidade para suprir as lacunas representadas pelo resgate das promessas da modernidade, como a igualdade, justiça e a garantia dos Direitos Fundamentais, com princípios que apontam a mudança do *status quo* da sociedade⁹⁹. Na Constituição da República de 1988, o resgate das mencionadas promessas da modernidade estão explícitas no art. 3º, que tratam dos objetivos fundamentais da República¹⁰⁰.

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o Direito é visto como um instrumento de transformação social e a “lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento da ação concreta do Estado”¹⁰¹. Com a positivação dos Direitos

⁹⁷ Segundo Paulo Márcio CRUZ “[...] entendido como aquele Estado que intervém no domínio econômico, social e cultural, obedecidos os parâmetros mínimos de cidadania política, justiça, representatividade, legalidade e legitimidade”. In.: CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 153.

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. et al. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. 2 v, p.328.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 37.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 31.

Fundamentais (individuais e sociais) surgida no processo de redemocratização de países que saíram de regimes ditatoriais¹⁰² há a redefinição da relação entre os Poderes do Estado, tendo o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) passado a integrar a esfera política¹⁰³.

Neste sentido, há a necessidade de analisar o papel do Poder Judiciário na tensão provocada entre o resgate das promessas de modernidade e a realidade social que se mostra contrária¹⁰⁴. A assertiva em questão leva em conta que a realidade brasileira muito distante do Estado de bem-estar social (*welfare state*), pois milhões de pessoas vivem abaixo da linha da pobreza, explorados e excluídos socialmente. A Constituição da República parece viver um paradoxo entre os direitos que nela são assegurados e a realidade da vida de sua população, ou seja, o pressuposto do contrato social e os princípios assecuratórios prescritos na Carta Magna aparentam não passar de uma “simples folha de papel”¹⁰⁵.

No sentido de minimizar as discussões subjacentes à aplicação dos princípios constitucionais e efetivação dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito em contraposição à realidade social, é que surge o fomento da discussão das teorias do “procedimentalismo” e do “substancialismo”.

A partir do pensamento de BOBBIO, acerca da distinção entre “democracia formal” e “democracia substancial”, evidencia-se que conforme a teoria adotada a democracia adquire um valor diverso, ou seja, àqueles que adotam a teoria do “substancialismo”, a democracia objetiva a efetivação dos ideais e direitos previstos na Constituição da República; Aos que simpatizam com o aspecto formal ou ao “procedimentalismo”, o mais importante é o respeito à forma de acesso, as

¹⁰² Como o acontecido no Brasil de 1964 a 1985.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 35-38.

¹⁰⁴ A citada realidade é ilustrada por Eric HOBSEBAWN, em seu livro “A Era dos Extremos”: O Brasil, um monumento à negligência social, tinha um PNB [“Produto Nacional Bruto”, indicador econômico equivalente ao PIB] *per capita* quase duas vezes maior que o Sri Lanka em 1939 e mais de seis vezes maior no fim da década de 1980, entretanto atrás daquele país em taxas de mortalidade infantil e analfabetismo. In: HOBSEBAWN, Eric. *A era dos Extremos: O Breve Século XX 1914/199*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 555.

¹⁰⁵ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 47.

quais foram sobremaneira discutidas politicamente, representando a vontade do povo sufragada por seus representantes eleitos.

Ambas as teorias, apesar de reconhecerem a importância do Poder Judiciário, entendem de forma diversa as suas funções e limites de atuação. O “procedimentalismo” afirma que cabe ao Judiciário assegurar que os instrumentos de acesso sejam respeitados, sendo a “forma” um fator determinante para que o resultado seja alcançado legitimamente; o “substancialismo”, ao contrário, se configura um conjunto de fins, sendo a efetivação de direitos, subjacente ao instrumento utilizado para alcançá-lo.

Quando se fala em “procedimentalismo”, não se pode deixar de citar o importante trabalho de LUHMANN que, através de sua obra “Legitimidade pelo Procedimento”¹⁰⁶, enfatiza que a legitimidade do Direito somente é alcançada através da observância rigorosa das formas, pois só assim os interlocutores de um procedimento se sentem confortáveis para aceitar uma determinada decisão, mesmo não sendo a mais acertada, pois para este autor o importante é que o procedimento tenha sido seguido estritamente.

Apresentando a obra do festejado autor, o jurista Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, enfatiza:

para Luhmann, sendo a função de uma decisão absorver e reduzir a insegurança, basta que se contorne a incerteza de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la. Em certo sentido, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta decisão¹⁰⁷.

Modernamente, as teorias e os doutrinadores que defendem o “procedimentalismo” evoluíram sobremaneira. Entre os seus expoentes, destacam-se Jürgen Habermas, Antoine Garapon e John Hart Ely, os quais são contrários à penetração da política e da sociedade pelo direito, entendendo que o princípio democrático-deliberativo deve se sobrepor ao paradigma contratual, ou seja, a construção do direito através da intervenção do Poder Judiciário prejudica a

¹⁰⁶ LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. p. 05.

democracia representativa, bem como a independência e harmonia entre os poderes da República, de forma que o Judiciário ficaria relegado às funções garantidoras dos procedimentos legislativos de formação majoritária da vontade popular que na verdade exerce a função central de um Estado Democrático de Direito.¹⁰⁸ Para GARAPON:

O excesso de direito pode desnaturalizar a democracia; o excesso de defesa, paralisar qualquer tomada de decisão; o excesso de garantia pode mergulhar a justiça numa espécie de adiamento ilimitado. De tanto ver tudo através do prisma deformador do direito, corre-se o risco de criminalizar os laços sociais e de reativar o velho mecanismo sacrificial. A justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias, e até mesmo para uma espécie de crise de identidade. Em resumo, o mau uso do direito é tão ameaçador para a democracia como o seu pouco uso¹⁰⁹.

A corrente “substancialista”, por sua vez, cujos maiores defensores são os estrangeiros Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, e os brasileiros Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato, Lenio Luiz Streck e Alexandre Moraes da Rosa¹¹⁰, entendem que o Poder Judiciário não deve assumir uma postura passiva perante a sociedade, constituindo-se ele em um verdadeiro garantidor da efetividade constitucional.

CAPPELLETTI afirma que a intervenção do Poder Judiciário é tão importante, que há a criação do “Direito Judiciário”, evidenciado como resultado da jurisprudência interpretativa. A função interpretativa do juiz é vista como um processo complexo, que necessita da articulação entre direito, moral, política, e dosada com equidade, permitindo-se a interação do direito com outras ciências do conhecimento humano^{111/112}.

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 125.

¹⁰⁹ GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2 ed. Trad. Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renaban, 2001, p. 53.

¹¹⁰ MARCELLINO JR, Júlio César. *A jurisdição constitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas versus substancialistas*. In: ROSA, Alexandre Moraes da. (Org) *Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 34.

¹¹¹ Explica CAPELLETTI que a expressão Direito Judiciário “foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar em realidade criador do direito”. In.: CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999, p. 74.

¹¹² Segundo PECES-BARBA MARTÍNEZ: “*Con la evolución del sentido del Derecho, en el siglo XIX y*

Ainda, enfatiza CAPPELLETTI que:

Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais. Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e 'balanceamento'; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e economia, da política e da ética, da sociologia, e da psicologia¹¹³.

Sobre democracia, sob a ótica substancialista, evidencia o citado autor que não pode ela ser reduzida a "uma simples ideia majoritária". E complementa:

democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do *checks* e *balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder [...]¹¹⁴.

A visão de DWORKIN não destoia do substancialismo tradicional, pois acredita que escrevendo no âmbito da *common law* também se aproxima das teses substancialistas por ver a função judicial e a jurisprudência por ela produzida como importante instrumento de concretização da comunidade política, atrelado aos ditames constitucionais-pactuais. Neste sentido, "o direito seria muito mais do que meras regras cuja validade dependeriam da aceitação da comunidade como um todo"¹¹⁵.

sobre todo en XX, crece el protagonismo del Derecho judicial en la positivación de los derechos fundamentales. En efecto, el dinamismo de la relación, creación, interpretación, aplicación de los derechos, desplaza a la idea de un Derecho recogido en la ley que se aplica mecánicamente, en el viejo esquema del positivismo estatalista. Por otra parte, se llega a la misma consecuencia, desde el punto de vista de que los derechos deben ser garantizados en caso de violación por la acción de los tribunales de justicia. La garantía judicial de los derechos, al permitir de hecho su eficacia, forma así parte del proceso de positivación". In: MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. p. 159.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juíces Legisladores?* p. 33.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juíces Legisladores?* p. 107.

¹¹⁵ MARCELLINO JR, Júlio César. *A jurisdição constitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas versus substancialistas*. In: ROSA, Alexandre Morais da. (Org) *Para um Direito*

BONAVIDES, por sua vez, na mesma toada substancialista, afirma a perspectiva de uma Constituição aberta, onde a judicialização da política é um instrumento necessário em países periféricos para que os direitos sejam respeitados pelas elites dominantes, que manipulam o poder. Explica que:

sem meios para produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, a velha democracia representativa já se nos afigura em grande parte perempta, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade nacional e popular¹¹⁶.

Ao contrapor as teorias substancialistas e procedimentalistas, STRECK é taxativo em afirmar que os posicionamentos procedimentalistas devem ser fortemente combatidos, pois ao refutarem o paradigma do Estado Social, deixam de lado o ideal de Estado Democrático de Direito, que consiste num '*plus* normativo' em relação ao paradigma promovedor do '*welfare state*'¹¹⁷, devendo, portanto, ser valorizado e utilizado. Literalmente, enfatiza o nominado autor:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do ocidente. O modelo substancialista – que em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir de que a Constituição é a explicitação do contrato social. [...] Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*¹¹⁸.

Por fim, enfatiza STRECK que o substancialismo se aproxima sobremaneira da teoria garantista de FERRAJOLI, apresentada e discutida no tópico anterior, em razão do valor que a teoria estabelece à Constituição, entendida em seu

democrático: diálogos sobre paradoxos., p. 38-39.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 09.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 19.

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p.42-43.

todo principiológico. Através da democracia constitucional, a Constituição é alçada a posição de garantia da divisão de Poderes e dos Direitos Fundamentais¹¹⁹.

Vê-se, pois, que tanto o procedimentalismo quanto o substancialismo trazem razões justas para a implantação de suas teorias, no entanto, acredita-se que, a par da observância das formas – não de forma tão absoluta a ponto de inviabilizar a efetivação de Direitos Fundamentais – a substância não poderá ser preterida, e o sistema tradicional de rígida tripartição dos poderes há muito se encontra superado na medida em que quando o Executivo e Legislativo não cumprem com suas funções tradicionais, cabe ao Judiciário corrigir os desmandos de forma a efetivação dos ideais, objetivos e fundamentos da Constituição da República.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p.45.

CAPÍTULO 2

POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO

2.1 Políticas Públicas

A República Federativa do Brasil é um Estado Social e Democrático de Direito, preceituando o art. 1º de sua Constituição da República de 1988, como princípios fundamentais: a cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da iniciativa, por exemplo. Efetua-se, na mesma Constituição de 1988, um resgate das promessas de modernidade¹²⁰ em seus objetivos fundamentais, arrolados no art. 3º, tais como: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem preconceitos.

Não há previsão expressa de que o modelo de Estado adotado pelo Brasil seja “Social e Democrático de Direito”, todavia, acerca da ausência da referida previsão expressa, SARLET afirma que:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (art. 1º, caput, refere apenas os termos democráticos e Direito), não restam dúvidas - e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina - de que nem por isso o Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta Magna (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (art. 7º a 11 da CR) inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (art. 6º, e outros dispersos no texto constitucional)¹²¹.

¹²⁰ Conforme já abordado no item 1.4 do presente trabalho.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 62.

Assim, nota-se que, para a concretização dos objetivos fundamentais, alicerçados sobre os princípios fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro há o estabelecimento, no decorrer da Carta Magna, de um extenso rol de direitos e garantias individuais e sociais¹²².

Neste passo, o Estado brasileiro, como um Estado Constitucional que se propõe a ser, traz para si a obrigação de agir de forma positiva, alterando as condições materiais originárias de seus cidadãos, de modo que sua ação seja destinada a garantir igualdade real de oportunidades, através da atuação dos órgãos da Administração Pública¹²³.

Como instrumento de ação/intervenção na vida dos cidadãos, para atingir os objetivos consagrados na CR/88, o Estado utiliza as chamadas “Políticas Públicas”. Eduardo APPIO define o termo como:

Instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos^{124/125}.

Nesse sentido, DWORKIN afirma:

Denomino “política” aquele tipo padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)¹²⁶.

¹²² A exemplo dos artigos 5º ao 11 da CR/88.

¹²³ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 145.

¹²⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 136.

¹²⁵ “As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as condições necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico”. In: APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 144.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 36.

Tratando-se de Políticas Públicas em um sentido amplo, pode-se afirmar que o próprio direito positivo pode ser assim considerado¹²⁷. A propósito, GRAU assim conceitua a expressão:

A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública¹²⁸.

As “Políticas Públicas” são um mecanismo de *ação*, omissiva ou comissiva, ou seja, pode ele limitar a atuação do Estado, especialmente nos direitos de liberdade, ou fomentar iniciativas tendentes a assegurar maior inclusão social, que são as chamadas Políticas Públicas positivas ou prestacionais.

SARLET aborda a questão com propriedade, ao afirmar que:

o certo é que os direitos fundamentais sociais à prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação de desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.¹²⁹

Observa-se, portanto, que as Políticas Públicas nascem em razão da desigualdade, com a finalidade de impulsionar o desenvolvimento da nação para a melhoria das condições de vida do seu povo, sendo, no Estado brasileiro, impulsionadas pelos objetivos fundamentais da República, em uma tentativa de dar efetividade às promessas da modernidade, com a realização das garantias e Direitos Fundamentais individuais e sociais.

A efetividade de Políticas Públicas pressupõe a transposição de três fases, quais sejam:

¹²⁷ Segundo Eros GRAU: “O Estado, então, já não “intervém” na ordem social exclusivamente como produtor do direito e provedor de segurança. Passa a desenvolver novas formas de atuação, para o quê faz uso do direito positivo como instrumento de sua implementação de *políticas públicas* – atua não apenas como *terceiro-árbitro*, mas também como *terceiro-ordenador*”. In: GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 26.

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 26.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p.199.

a) formulação ou planejamento, que é o momento que ela é pensada e criada com a finalidade de atender as demandas da sociedade, ou seja, é o planejamento um exercício árduo de associar uma necessidade social com um conhecimento técnico sobre o tema tratado para formular um instrumento hábil de solução. Ressalta-se que a formulação das Políticas Públicas é de responsabilidade dos poderes Executivo e Legislativo, bem como da própria comunidade através dos Conselhos, órgãos estes deliberativos e controladores das Políticas Públicas. Ainda impende observar que a formulação de Políticas Públicas pelos “Conselhos de Políticas Públicas”, quando não incluídas no orçamento podem ser objeto de intervenção judicial, em razão de que uma deliberação originária de um órgão que representa a democracia participativa deve receber maior importância do que as deliberações representativas, advindas dos meios políticos, pois aquelas são formuladas diretamente pela fonte do poder, que é o povo, conforme determina o art. 1^a, parágrafo único da CR/88¹³⁰.

b) orçamento, que se constituem de atos normativos através dos quais são elaborados, avaliados e provisionados os recursos financeiros destinados aos programas governamentais, de modo especial o planejamento social e econômico do País, do Estado e Municípios. Enfatiza-se que o orçamento público será objeto de análise em tópico próprio, no decorrer do trabalho.

c) execução, que é momento que é efetivamente implementado o instrumento de inclusão, ou seja, onde é atendida a demanda social que originou o planejamento e a alocação de recurso para dar resolutividade ao problema social.

A utilização de Políticas Públicas, especialmente as prestacionais ou afirmativas, justificam-se para diminuir as diferenças sociais, pois a realidade brasileira é a de um país onde milhões de pessoas são pobres ou vivem abaixo da linha da pobreza, sem condições mínimas de desenvolvimento social, econômico e cultural, diante inclusive de sua impossibilidade de aprender a pensar, não só em razão da inexistência de escolas adequadas, mas também – e principalmente – porque seus ascendentes foram (igualmente) desprovidos de mecanismos mínimos

¹³⁰ CR/88, Art. 1º. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

de orientação, seguindo “uma tradição” de várias de suas gerações, que vêm sendo mantidas à margem da sociedade.

Os mais cétricos em relação ao discurso político-social afirmam que a lei vigente assegura igualdade a todos de estudar e crescer, no entanto, é cediço que a igualdade em questão é apenas formal, pois, efetivamente, os desagregados socialmente não dispõem de mecanismos mínimos para alcançar a almeja inclusão. A condição de miserabilidade e indigência exerce tal força sobre os seus que, em seu entendimento (hereditário) a situação de indignidade é “normal” e estão “condenados/destinados” a viver à margem da sociedade¹³¹.

Neste sentido, importante citar que em 2008, o IPEA afirmou que a pobreza reduziu, mas ainda atinge os 24,1% da população (11,35 milhões de pessoas). A pesquisa define como ‘pobre’ todas as pessoas com renda per capita igual ou inferior a meio salário, isto é, R\$ 207,50. Os indigentes são aqueles que recebem menos de 1/4 do salário mínimo, ou R\$ 103,75 (3,12 milhões de pessoas)¹³².

É de se pensar que a multidão de miseráveis do Brasil, não saem dessa condição, não por acaso, mas quiçá porque que não possuem meios para a satisfação de suas necessidades básicas como a alimentação, higiene ou condições razoáveis para orientar e dar exemplos aos seus descendentes. A exclusão social parece se tornar hereditária, consolidada em um ciclo, que só se modifica/finda com uma ação eficiente do Estado.

Cita-se o exemplo da educação, como Política Pública destinada à inclusão social, sendo esta necessária não apenas para propiciar um bom trabalho, mas porque é fundamental à emancipação da própria liberdade do ser humano. A

¹³¹ Pensamento semelhante ao nutrido pelos Hindús no sistemas de “castas”. Nas determinadas castas em que os humanos nascem, nelas devem permanecer, para que se cumpra o *dharma* (a Justiça) e se apague o *karma* (dívidas) que prendem na “Roda de *Samsara*” (ciclo das encarnações no plano físico). Segundo esta doutrina não há a possibilidade de progresso e ascensão social por esforços próprios. Não há esperança para os miseráveis e desfavorecidos.

¹³² BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsoais2008/indic_sociais2008.pdf> Acesso em: 10/02/2009; BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <http://ipea.gov.br/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=8079>. Acesso em 10/02/2009.

propósito, oportunos os ensinamentos de AMARTYA SEN que, em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade”, assim preleciona:

A despeito do aumento sem precedentes na opulência global, o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesmo à maioria. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, à oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada e saneamento básico. Em outros casos, a privação da liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços e assistência social, como por exemplo a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade¹³³.

E complementa:

O que o desenvolvimento humano faz? A criação de oportunidades sociais contribui diretamente para a expansão das capacidades humanas e da qualidade de vida (como já exposto). A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento. Há evidências até de que, mesmo com renda relativamente baixa, um país que garante serviços de saúde e educação a todos pode efetivamente obter resultados notáveis da duração e qualidade de vida de toda a população¹³⁴.

Nesse “espaço” identificado como as promessas da modernidade (ainda) não realizadas, que surge a constituição de um Estado Social e Democrático de Direito que, através de Políticas Públicas sérias deve buscar uma maior igualdade entre os desiguais, criando mecanismos tendentes a evitar as consequências nefastas dessas omissões (aumento da violência, desrespeito aos Direitos Fundamentais). É que, se é verdade que se vive em um Estado Social, como já afirmado, deve-se tratar as causas sociais com a importância que elas (constitucionalmente) exigem.

Afinal de contas a função do Estado não seria diminuir as desigualdades sociais? E, neste caso, diante de omissão, não bastaria a utilização dos princípios constitucionais pertinentes, bem como o art. 5º, da Lei de Introdução

¹³³ SEN, Amartya Kumar; MOTTA, Laura Teixeira. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2005, p.18.

¹³⁴ SEN, Amartya Kumar; MOTTA, Laura Teixeira. *Desenvolvimento como liberdade*. p. 171.

ao Código Civil¹³⁵, que prevê a satisfação dos fins sociais e do bem comum, habilitado a autorizar a interpretação de molde à satisfação dos fins sociais? Enfim, o que se nota é que a realidade jurídica acaba por se limitar em um positivismo anacrônico que não atende aos objetivos fundamentais e às diretrizes sociais previstas na Constituição da República brasileira, existindo um grande abismo entre a abstração legal e o caso concreto.

Com relação ao pensamento de que inexistente regulamentação dos Direitos Fundamentais para se legitimar a implementação de Políticas Públicas, especialmente as prestacionais, ressalta-se que não existe lei sem eficácia, ou seja, toda lei vigente e válida¹³⁶ tem uma finalidade dentro do mundo jurídico e, não é porque são conceituadas como programáticas, isto é, consideradas como programas de ações, que devem ser tidas como inexistentes. A esse propósito, afirma SARLET que: “importa ressaltar mais uma vez que todas as normas consagradoras de Direitos Fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independente de intermediação legislativa”¹³⁷. Neste sentido, como já visto no capítulo antecedente, a CR/88 em seu art. 5º, § 1º, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹³⁸.

¹³⁵ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. BRASIL. Decreto nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

¹³⁶ Neste sentido, convém lembrar a doutrina de Luigi FERRAJOLI: “Para que uma norma exista ou esteja em vigor, é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, as quais resguardam as formas e os procedimentos do *ato normativo*, bem como a competência do órgão que a emana. Para que seja válida, é necessário que satisfaça ainda as condições de validade substancial, as quais resguardam o seu conteúdo, ou seja, o seu *significado*. Sem as condições formais suficientes para que uma norma esteja vigente, sejam substanciais necessárias para que esteja válida, estão estabelecidas pelas normas jurídicas que lhes disciplinam a produção em nível normativo superior. Todavia, enquanto as condições formais de vigor consistem em adimplemento de *fato*, na ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma por ele ditada não vem à existência, as condições substanciais de validade, e exemplarmente as de validade constitucional, consistem habitualmente no respeito aos *valores* – como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos – cujas lesões produzem uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de conteúdo e significado incompatível”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. teoria do garantismo penal*. p. 701.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 294.

¹³⁸ Observa-se que inexistente qualquer condicionamento à edição de lei infraconstitucional para a aplicabilidade dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O Direito, como Política Pública que pretende ser, não pode ser visto isoladamente, mas utilizado como um instrumento de efetividade dos preceitos constitucionais. O saber jurídico e a aplicação do direito positivo não pode estar em descompasso com as informações de natureza econômica, política e sociológica, pois o Direito não se encerra em si, mas interage na sociedade. Exemplificativamente, citam-se três fatores preponderantes para manter a sustentabilidade da vida, que o Direito não deve se dissociar:

a) econômico, onde estão inseridos setores que auxiliam a criação de empregos e renda à população;

b) social, onde as desigualdades devem ser consideradas para que a função distributiva do Estado seja observada, criando Políticas Públicas tendentes a diminuir a miséria, que faz perder a consciência da dignidade e de direitos;

c) ambiental, onde se deve trabalhar para que a perpetuação da espécie e a garantia de vida para as futuras gerações, que se liga ao social através do excesso de consumismo de alguns e a miséria de tantos.

Observa-se, portanto, a existência de uma crise na implementação e, principalmente, de elaboração de Políticas Públicas, crise esta que se inicia com o problema sócio-econômico, onde a hegemonia dos grupos dominantes, através de um modelo elitista, está comprometida ante a incapacidade de unidade e convergência de ideias para resolver problemas sociais, passa pela dificuldade política de legitimidade, causada pela disparidade entre as camadas sociais, chegando à crise jurídico-institucional gerada pela dificuldade organizacional do Estado, que sobrecarrega as instituições que ficam comprometidas diante da impossibilidade de respostas aos anseios sociais.

Frisa-se, nesse diapasão que as Políticas Públicas não devem estar dissociadas dos princípios constitucionais, como afirma APPIO:

Políticas públicas que não possam ser sustentadas a partir de princípios constitucionais, através de critérios de justiça distributiva, não são moralmente justificadas e, portanto, não devem ser aceitas como normas válidas de comportamento. [...] uma política pública pode enfraquecer o senso de coesão social em uma determinada comunidade jurídica, especialmente se os ônus de sua implementação tiverem de ser suportados diretamente por um

determinado seguimento da sociedade, quando então a hostilidade entre os adversários sociais pode comprometer a execução de um programa público¹³⁹.

Tudo isso resulta na necessidade de intervenção dos Poderes do Estado na criação das Políticas Públicas, inclusive, utilizando-se do sistema de freios e contrapesos, para fazer valerem os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República, resultando em uma ampliação da área de contato entre os Poderes. Assim, considerando-se que a formulação das Políticas Públicas é de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, além da necessária participação direta da população dos Conselhos de Políticas Públicas, esta formulação está vedada ao Poder Judiciário¹⁴⁰. Embora o Poder Judiciário esteja, constitucionalmente, afastado da competência originária de formulação de Políticas Públicas, como um Poder legítimo do Estado, intervém na execução destas, visto que é de sua incumbência controlar a atividade dos demais Poderes no que se refere às tarefas constitucionalmente definidas, que resultam na formulação de Políticas Públicas¹⁴¹.

Neste sentido, apresentam-se algumas questões a serem resolvidas, que são:

a) se o cidadão tem direito de exigir do Estado as Políticas Públicas;

¹³⁹ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 57.

¹⁴⁰ Para APPIO, a formulação das políticas públicas tem por base um sistema de democracia procedimental, “não sendo possível a formulação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário, mas somente através da instância judicial”. In: APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 137.

¹⁴¹ O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 410.715-AgR/SP, assim se manifestou: “**É certo** – tal como observei no exame **da ADPF 45/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/SRT** n. 345/2004) – **que não se inclui**, ordinariamente, **no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular **e** de implementar políticas públicas [...], **pois**, nesse domínio, **como adverte** a doutrina [...], o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo **e** Executivo. **Impende assinalar**, no entanto, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, **embora** excepcionalmente, **ao Poder Judiciário**, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** de direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie em exame”. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005. Publicação: DF de 03/02/2006.

b) se o Judiciário pode, e de que forma, provocar a execução de Políticas Públicas;

c) qual o limite dessa intervenção.

Apesar do fato de que estas questões serão especificamente abordadas no próximo capítulo, em razão de sua abrangência, antecipa-se a observação de que o primeiro problema está relacionado a todo mecanismo tendente a assegurar a dignidade humana como Direito e, assim sendo, possuindo a respectiva ação que o assegure. O cidadão teria o direito de exigir do Estado as Políticas Públicas tangentes à garantia de sua dignidade, através do exercício da democracia participativa, como os Conselhos de Políticas Públicas ou judicialmente, por exemplo. Trata-se, portanto, de direito subjetivo que, para Kelsen, nada mais é do que o reflexo de deveres impostos a outrem por meio de sanções, por um sistema de responsabilidade: “A essência do direito subjetivo, que é mais do que o simples reflexo de um dever jurídico reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico”¹⁴².

Atualmente, diversos autores têm tratado do tema com muita propriedade, a exemplo de SARLET, para quem

quando - no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão¹⁴³.

É na medida de fazer valer judicialmente as ações negativas ou positivas que foram outorgadas ao Estado, na Constituição da República, é que se contempla a segunda questão proposta, qual seja, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na efetividade das “Políticas Públicas”. Neste sentido, a essência da intervenção judicial é vista como o controle do Poder pelo “poder de controle”, como um reflexo da efetividade do sistema de freios e contrapesos, focado no controle

¹⁴² Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 197.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 154.

social e, especialmente, a diminuição das desigualdades. Apesar de cada um dos Poderes do Estado possuírem atribuições prevalentes, exercem-nas simultaneamente, de forma ocasional, ou seja, não persiste o entendimento de que a função de julgar seja privativa do Poder Judiciário, na medida em que o Poder Legislativo e Executivo, também o fazem em situações pontuais; igualmente, o Executivo, bem como o Judiciário legislam ocasionalmente e também todos os Poderes exercem atividades eminentemente executivas, de modo que inexistem funções exclusivas de cada um dos Poderes.

A intervenção judicial também é necessária diante dos conflitos resultantes de excessos ou omissões legais¹⁴⁴, que é feita por meio do controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público, que são postos à análise do Poder Judiciário através dos vários instrumentos previstos na própria Constituição da República, à exemplo das Ações Constitucionais utilizadas diretamente pelos cidadãos ou através das instituições titulares, como o Ministério Público, por exemplo, tema que será melhor abordado adiante.

Superada a objeção clássica de que o Poder Judiciário não teria competência para julgar “questões políticas” em virtude do princípio da divisão dos Poderes¹⁴⁵, deve-se ter atenção para o fato de o “poder de controle” também deve ser limitado, sob pena de, paulatinamente, formar-se uma “aristocracia judiciária”¹⁴⁶ - superpoder - tendente à (naturalmente) ser utilizado de forma arbitrária, como já tratado anteriormente, com a consequente supressão da divisão dos poderes e quebra do próprio pacto social.

A utilização do espaço judicial deve servir como um instrumento de debate sobre a importância das Políticas Públicas, comprometendo os diversos

¹⁴⁴ “A omissão do Estado – que deixa de cumprir - em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1439 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/05/1996. Publicação: DJ de 30/05/2003.

¹⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos tribunais. São Paulo, Ano 86, V. 737, p. 19-20.

¹⁴⁶ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. 156.

atores sociais envolvidos, tendo em vista que as decisões da Administração Pública, quando dissociadas de qualquer mecanismo popular, serão recebidas pela sociedade como resquício autoritário de um modelo político fundado em baixa densidade democrática. Seguindo-se este norte, verifica-se que o horizonte para a discussão do terceiro questionamento formulado se cinge aos princípios e garantias contidos na Constituição da República, como os da razoabilidade, da proporcionalidade e que será abordada com maior riqueza no próximo capítulo.

2.2 Orçamento Público e Instrumentos Legais: PPA, LDO e LOA

O Orçamento Público está diretamente relacionado à forma que o Estado se organiza para viabilizar a efetividade das Políticas Públicas exigidas pela sociedade e propostas por seus poderes¹⁴⁷. O embrião histórico do Orçamento Público é verificado na Inglaterra, no artigo 12¹⁴⁸, da já citada *Magna Charta Libertatum*, outorgada em 1215 pelo Rei João Sem Terra. Embora o dispositivo não trate especificamente da destinação dos recursos angariados pelo Rei da Inglaterra, com a passagem do tempo se verificou que não bastava somente autorizar a cobrança das rendas públicas, mas também era necessário verificar se a sua aplicação correspondia às finalidades para as quais foram autorizadas¹⁴⁹. No Brasil, o Orçamento Público foi disciplinado inicialmente pela Constituição de 1824, no art.

¹⁴⁷ De acordo com APPIO: “A formulação de uma política pública decorre, portanto, de uma avaliação imparcial sobre como serão distribuídos os recursos do Estado entre os cidadãos de um determinado país, mensurando-se necessidades específicas a partir de critérios de justiça distributiva, já que a execução de qualquer política pública implicará redistribuição de renda”. In: APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 52.

¹⁴⁸ Art. 12. Nenhum tributo ou auxílio será instituído no Reino, senão pelo seu conselho comum, exceto com o fim de resgatar a pessoa do Rei, fazer seu primogênito cavaleiro e casar sua filha mais velha uma vez, e os auxílios para esse fim serão razoáveis em seu montante.

¹⁴⁹ GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002,. p. 45-46.

172¹⁵⁰, e o princípio da necessidade de orçamento para a destinação da arrecadação fiscal do Estado foi adotado em todas as demais Constituições¹⁵¹.

Em verdade, o Orçamento Público é uma das grandes conquistas do sistema democrático, pois é através dele que, atualmente, é possível controlar, fiscalizar e decidir acerca da aplicação de recursos públicos, bem como verificar se estão sendo destinados em favor do povo, detentor do poder originário¹⁵².

Portanto, o Orçamento Público:

é mais uma forma pela qual atuam os freios e contrapesos através dos quais os três “poderes” limitam-se e fiscalizam-se mutuamente [...] é o ato através do qual o Poder Legislativo prevê e autoriza o Poder Executivo, por certo período e em detalhes, a realização das despesas destinadas à prestação dos serviços e ao atendimento de seus fins em geral, bem como a obtenção das receitas a tanto necessárias. São os representantes do povo, em suma, pelo menos em tese, que consentem com a obtenção das receitas e em como as mesmas serão aplicadas¹⁵³.

O Orçamento Público, que recebeu especial atenção na Constituição da República de 1988¹⁵⁴, é formado de atos normativos através dos quais são elaborados, avaliados e executados os programas governamentais, de modo especial o planejamento social e econômico do País, do Estado e do Municípios, fazendo-o através de três leis, distintas e harmônicas, cuja iniciativa cabe ao Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal, quais sejam, Plano Plurianual, Diretrizes Orçamentárias e Orçamento Anual¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Art. 172. O ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros ministros os orçamentos relativos às despesas das suas repartições, apresentará na Câmara dos Deputados anualmente, logo que esta estiver reunida, um balanço geral da receita e despesa do Tesouro Nacional do ano antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despesas públicas do ano futuro e da importância de todas as contribuições e rendas públicas.

¹⁵¹ GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. p. 52-59.

¹⁵² Art. 1º, Parágrafo. Único, da CR/88: “Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁵³ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito tributário e financeiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 10.

¹⁵⁴ Art. 165 – Art. 169, da CR/88

¹⁵⁵ Art. 165, da CR/88.

Vê-se, pois, que todos os serviços de interesse público, e as despesas a eles inerentes, devem constar no Orçamento Público. Em se tratando de ente Municipal, por exemplo, todos os assuntos a ele afetos são tratados na lei orçamentária municipal, desde a pavimentação, saneamento e iluminação de ruas, até o atendimento dos mais elementares direitos como a educação, a saúde e a segurança da população. Todas as receitas públicas necessitam nele estar constantes, estabelecendo o equilíbrio necessário e exigido pela Lei Complementar 101/2000¹⁵⁶, que trata da responsabilidade fiscal, ou seja, não só da execução dos gastos, mas também o acompanhamento e avaliação dos riscos, das metas e objetivos nas leis do orçamento público.

O que se vê é que o Estado tem assumido, cada vez mais, a função de protagonista na gestão da coisa pública, administrando as necessárias intervenções e regulamentações das matérias de sua competência, devendo visar sempre o desenvolvimento econômico e social do país, de acordo com os ditames Constitucionais, resultando em Políticas Públicas que somente podem ser efetivadas em razão do planejamento e organização dos escassos recursos públicos.

Como citado, o planejamento, em verdade, instrumentaliza-se através do Plano Plurianual, das Diretrizes Orçamentárias e dos Orçamentos Anuais, que são leis de iniciativa do chefe do Poder Executivo que posteriormente são encaminhadas ao Legislativo para serem discutidas, emendadas e posteriormente sancionadas em cada uma das esferas de poder.

Assim, tanto a União, como os Estados e Municípios têm obrigação de criar as referidas leis orçamentárias. A omissão é crime de responsabilidade por parte do chefe do Executivo e obsta o recesso em caso da não análise por parte do parlamento¹⁵⁷. A obrigação do chefe do Executivo de cada uma das esferas de Poder é encaminhar ao Poder Legislativo, em datas pré-estabelecidas, cada um dos projetos de lei, os quais se destinam a regulamentar o orçamento público, cada qual com seus objetivos pré-definidos.

¹⁵⁶ BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>.

¹⁵⁷ BRASIL. Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10028.htm>.

O “Plano Plurianual de Ações” é um conjunto de metas a serem alcançadas pela administração pública, no período de quatro anos, para as despesas de capital e outras dela decorrentes, compreendendo a avaliação da situação atual e perspectivas para desenvolver ações futuras e continuadas, bem como programas de ações que propiciarão o alcance dos objetivos do Estado¹⁵⁸.

A “Lei de Diretrizes Orçamentárias” deve estabelecer as metas e prioridades para o exercício financeiro subsequente contendo as metas a serem seguidas especificamente na feitura da lei orçamentária, orientar a elaboração do orçamento anual, e sua execução; ainda dispor sobre concessão de vantagens ou aumento remuneratório ou mesmo criar cargos ou alterações na estrutura de carreiras admissão de pessoal¹⁵⁹.

A “Lei Orçamentária Anual”, vinculada ao PPA e a LDO, visa disciplinar todas as receitas e despesas do governo, não se permitindo que nenhuma despesa possa ser executada fora de sua previsão legal, diante da responsabilidade do Estado de, antecipadamente, demonstrar aos cidadãos a maneira que irá distribuir toda a receita dos cofres públicos, definindo quais ações serão contempladas e qual a quantidade de dinheiro será destinada para cada uma delas¹⁶⁰.

Com relação aos prazos, na esfera federal, o projeto de lei do Plano Plurianual deverá ser elaborado até o dia 31 de agosto do primeiro ano de mandato, iniciando a vigência no segundo ano de mandato e indo até o primeiro ano do mandato posterior; a Lei de Diretrizes Orçamentárias será encaminhada até o dia 15 de abril de cada ano, devendo ser devolvido antes do término do primeiro período da sessão legislativa; por fim, o projeto da Lei Orçamentária deverá ser encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido antes do encerramento da sessão legislativa¹⁶¹.

¹⁵⁸ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito tributário e financeiro*. p. 12.

¹⁵⁹ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito tributário e financeiro*. p. 12.

¹⁶⁰ SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito tributário e financeiro*. p. 12.

¹⁶¹ Art. 35, § 2º, dos ADCT/88.

Observa-se que a Constituição da República¹⁶² e a Lei 4.320/64¹⁶³ contém orientação no sentido de que as demais esferas governamentais legislem para estabelecer os prazos de encaminhamento das respectivas leis orçamentárias.

Com relação a eventuais incongruências entre os valores estimados no orçamento e a necessidade de gastos, tanto por estimativa aquém da realidade quanto por estimativa além da necessidade, ou mesmo gastos não previstos no orçamento público inicial, tais questões devem ser tratadas através dos créditos adicionais, que é um mecanismo de realizar ajustes entre o planejado e a realidade de gastos, autorizando despesas não computadas ou insuficientemente previstas na lei.

Os créditos adicionais dividem-se em:

- a) Especiais: destinados a atender novas despesas não urgentes e não previstas, dependendo de prévia autorização legislativa;
- b) Suplementares: que são reforços financeiros a uma dotação já existente;
- c) Extraordinários: para atender despesas extraordinárias, caracterizadas pela urgência e imprevisibilidade, como as frequentes calamidades¹⁶⁴.

Impende observar ainda a necessária correlação entre o PPA, a LDO e a LOA, que leva cada qual a depender do anterior, ou seja, deve existir uma perfeita sintonia entre os dois últimos ao primeiro e o terceiro ao segundo a fim de que as diretrizes e metas fixadas para serem cumpridas de forma continuada sejam obedecidas¹⁶⁵.

Outro tema importante que se pretende chamar a atenção - ainda obedecendo ao princípio da democracia e sua representatividade - diz respeito à

¹⁶² Art. 165, § 9º, da CR/88.

¹⁶³ Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *In*: BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>.

¹⁶⁴ Art. 41, da Lei 4.320/64.

¹⁶⁵ Art. 165, § 2º e art. 166, § 4º, da CR/88.

democracia participativa, onde a população é chamada a deliberar acerca de Políticas Públicas, que conforme prevê o art. 204 da Carta Magna - que estabelece como diretrizes das ações governamentais - a “participação popular, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”, influenciando, conseqüentemente, na formulação do orçamento.

Esta diretriz também revela sua importância quando propõe um contrapeso ao modelo elitista na formulação das Políticas Públicas, grafado por Thomas R. DYE, como:

Ainda que frequentemente afirmemos que a política pública reflete as demandas “do povo”, esta afirmação talvez expresse mais o mito do que a realidade da democracia de um país. A teoria elitista sugere que “o povo” é apático e mal informado quanto às políticas públicas e que a elite molda, na verdade, a opinião das massas sobre questões políticas mais do que as massas formam a opinião da elite. Assim, as políticas públicas, na realidade, traduzem as preferências da elite¹⁶⁶.

Observa-se, portanto, que a participação popular direta é de grande importância para a criação de Políticas Públicas, o que se evidencia com a formação de inúmeros Conselhos de Políticas Públicas, cada qual dentro de sua esfera de atuação social (saúde, educação, criança, idoso etc), com atribuição deliberativa e controladora, ou seja, com função de discutir, decidir e fiscalizar a implementação de suas deliberações¹⁶⁷.

Não é demais ressaltar que, no que diz respeito à Política Pública relacionada aos direitos da criança e do adolescente, existe uma diminuição ainda maior da alegada “discrecionabilidade administrativa”, na medida em que o art. 227, da Constituição da República, afirma 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 [...]” e, ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que prioridade consiste na “preferência na formulação e na

¹⁶⁶ DYE, Thomas R. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. In: HEIDEMANN, FRANCISCO G.; SALM, José Francisco (Org). *Políticas Públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora UnB, 2009, p. 109.

¹⁶⁷ Art. 88, da Lei 8.069/90.

execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.¹⁶⁸

Assim, depreende-se que a sociedade possui todos os instrumentos para fazer com que as leis orçamentárias contemplem as Políticas Públicas necessárias à efetivação de Direitos Fundamentais, pois através dos Conselhos de Políticas Públicas pode-se discutir e fazer um prognóstico dos problemas e das potencialidades e, juntamente com os demais segmentos da sociedade estabelecer um plano de ação com metas a serem atingidas, deliberando através de resoluções acerca de políticas de atenção a determinados direitos, intervindo, posteriormente, nas discussões do Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual que necessariamente passam pelo Poder Legislativo, fazendo com que suas deliberações sejam inseridas no orçamento público.

É seguindo este norte que, também, pode-se dar maior efetividade à concretização dos direitos da criança e do adolescente, tendo em vista a atribuição de “prioridade absoluta” outorgada pela Lei e pela Constituição, tema que será melhor abordado em sub-título próprio. Feito isso, basta a população e as instituições constitucionalmente competentes acompanharem a execução orçamentária, ou seja, a implementação dos projetos constantes em lei.

Portanto, os Poderes Legislativo e Executivo não são os únicos responsáveis pela criação de Políticas Públicas, cabendo à comunidade uma parcela desse poder, que deve ser respeitada, ou seja, suas deliberações acerca das demandas sociais por Políticas Públicas devem ser incluídas no orçamento público e executadas, ressaltando-se, pois não está ao alvedrio do governante rechaçar aquelas decisões, pois sua obrigação é obedecer as decisões democraticamente tomadas pelo povo, estabelecendo que a discricionariedade administrativa não contempla tal poder, assunto que será melhor abordado no decorrer do trabalho.

Depreende-se, portanto, que de mero espectador passivo a sociedade civil organizada assumiu papel de protagonista das decisões políticas, as quais devem ser respeitadas especialmente quando se trata de direitos da criança e

¹⁶⁸ Art. 4º, Parágrafo único, alíneas “c” e “d”, da Lei 8.069/90.

do adolescente, pois, não bastasse a previsão da participação popular nas decisões políticas, o art. 227 da CR/88 afirma ser da família, da sociedade e do Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde à alimentação, etc. Neste sentido, o art. 4º, da Lei 8069/90, dispõe que a garantia de prioridade compreende a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Assim, não está o chefe do Executivo autorizado a, discricionariamente, estabelecer as prioridades e encaminhar o orçamento que bem entenda, pois está ele obrigado a obedecer Lei, que determina a observação prioritária de algumas áreas de maior relevância social, sob pena de infringir os princípios fundamentais que regem a administração pública.¹⁶⁹

Isso só vem a reforçar que a democracia, consistente em um governo do povo, pelo povo e para o povo, somente será observada quando os representantes populares tiverem a perfeita compreensão de que quando recebem um mandato popular a população não lhe está outorgando um “cheque em branco”, mas determinando a gestão da coisa pública associada sempre aos interesses populares e aos princípios constitucionais, especialmente os estabelecidos no art. 37, da Constituição da República, quais seja, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Importante registrar que, tratando-se de orçamento público, da mesma forma que o Poder Executivo e o Poder Legislativo não receberam liberdade plena para a gestão pública, também o Judiciário está sujeito a este risco e se transformar em um superpoder. Neste diapasão, registra-se a lição de Eduardo APPIO:

a determinação de retirada de receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redestinação de verbas para as obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-se num “superpoder”. Este postulado implicaria grave ofensa à democracia, pois a imposição coercitiva de políticas públicas pelo Poder Judiciário significaria uma verdadeira *aristocracia judiciária*, incompatível com o sistema representativo (CF/88, art. 1º, parágrafo único). Esta postura conduz a uma superposição das esferas, critérios e lógicas decisórias, a uma erosão de valores precípuos de cada um dos Poderes da República e uma sobrecarga do *policy marketing* do país. A tensão institucional e a

¹⁶⁹ Art. 37, da CR/88 e art. 11, da Lei 8429/92.

assim chamada “crise de governabilidade” são consequências mais visíveis desta “diferenciação” de papéis¹⁷⁰.

Seguindo-se os ditames constitucionais apontados é que o orçamento público passa a ser tratado com a seriedade de um instrumento necessário à garantia da concretização de Políticas Públicas destinadas à tutela dos Direitos Fundamentais, especialmente os Direitos relacionados à criança e ao adolescente.

2.3 Reserva do Possível e o Mínimo Existencial

Os Direitos Sociais, surgidos na segunda geração dos Direitos Fundamentais, objetivam concretizar a igualdade em sentido material, tendo como finalidade não somente garantir a sobrevivência do indivíduo, mas a sua inserção plena na vida social, assegurando-lhe as garantias mínimas para a sua existência.

Para que estas garantias tenham efetividade, como já visto, há a necessidade de implementações de Políticas Públicas – ações – de cunho prestacional por parte do Estado. Todavia, diferentemente das obrigações negativas do Estado, relacionadas aos Direitos Fundamentais de primeira geração (liberdade), as ações prestacionais (positivas) do Estado demandam mais recursos financeiros, que se mostram limitados diante das ilimitadas necessidades da população para a sua existência com dignidade.

Nota-se que, a realização dos direitos sociais dependem de um inescapável vínculo financeiro, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, no sentido de que esta limitação material (incapacidade econômico-financeira estatal) poderia não permitir a exigência de imediata efetivação dos comandos sociais fundados na Constituição. Todavia, no sentido de apontar um norte para a solução do problema, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o

¹⁷⁰ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 155-156.

estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência¹⁷¹.

Portanto, considerando a necessidade de constante dispêndio financeiro, bem como de leis orçamentárias próprias para a sua implementação, a efetivação de Políticas Públicas prestacionais geram grandes controvérsias, há quem defenda que estão os recursos condicionados à “reserva do possível” (financeira e infra-estrutural), outros dizendo que as deficiências financeiras e estruturais jamais poderão limitar o acesso a instrumentos “mínimos existenciais” que abalem a dignidade da pessoa humana, que deve estar sempre acima de qualquer limite mínimo de gasto. É nesta aparente colisão entre as necessidades para a existência e a limitação dos recursos do Estado, surgem as teorias denominadas “reserva do possível” e “mínimo existencial”.

Em verdade, o problema se originou não apenas das dificuldades de recursos, mas lhe é anterior, pois o Estado, premido também pela globalização, passou por muitas transformações, inclusive políticas, assumindo uma feição neoliberal, mudanças que muitas pessoas não acompanharam, ficando à margem da sociedade, e em razão do aumento desenfreado populacional o não atendimento satisfatório das demandas sociais aumentou na mesma proporção, ou seja, com o atual número de habitantes maximizou também o limite de atendimento das ilimitadas carências sociais nas áreas relacionadas à saúde, educação, segurança, habitação etc.

Observa-se ainda que, ao Estado cumpre assegurar não só os direitos sociais, cabendo-lhe também, através das Políticas Públicas intervenções econômicas tendentes a fomentar a economia (indústria, comércio, etc) com a finalidade de geração de empregos e, conseqüentemente, renda às famílias. Não pode o Estado atender apenas as demandas (eminentemente) sociais em detrimento de investimentos em outros setores não menos importantes como os na infra-estrutura relacionados à construção de pontes, pavimentação de estradas, portos e aeroportos fundamentais ao setor produtivo.

Diante disso, a “reserva do possível” visa criar um marco regulatório dos gastos do governo, estabelecendo que o Estado não está obrigado a concretizar

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação: DJ de 04/05/2004.

ações impossíveis, seja em razão de não dispor de condições financeiras, ou mesmo de não possuir a estrutura necessária ao atendimento de determinada necessidade social. Mas não é só isso, serve ela também para estabelecer um mínimo de investimento em determinada política pública quando em contraste com outro serviço público de menor importância. Como muito bem ressalta SARLET:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade) espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental¹⁷².

É que, como já visto, o Estado organiza constitucionalmente o seu orçamento através do equilíbrio entre a arrecadação Fazendária (as suas receitas) e a previsão dos seus gastos (despesas) que exigem um planejamento que contemple um número muito grande de iniciativas, mas principalmente, das iniciativas sintonizadas e comprometidas com a efetividade dos preceitos constitucionais, competindo ao legislador apontar quais são as prioridades de gastos do Estado.

No norte da fixação de prioridades de ação estatal e, logicamente, de maior dispêndio orçamentários, há quem afirme que os direitos sociais - contemplados essencialmente no art. 6º da Constituição da República - e os relacionados à criança e ao adolescente seriam “normas programáticas”, ou seja, programas de ação condicionados a legislações regulamentares. Acerca do tema, convém destacar a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. ART. 127 DA CF/88. ART. 7. DA LEI Nº 8.069/90. DIREITO AO ENSINO FUNDAMENTAL AOS MENORES DE SEIS ANOS “INCOMPLETOS”. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA (STJ. Resp. nº. 753.565/MS. Relator: Ministro Luiz Fux. J em 27/03/2007, DJU de 28.05.2007)

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p. 288.

A discussão acerca do não programatismo das normas relaciona-se diretamente com o atendimento dos Direitos Fundamentais através de uma análise sistemática da Constituição da República, contemplam os direitos sociais e os da criança e do adolescente. É com fundamento nos preceitos da teoria substancialista, abordada no capítulo anterior, que se evidencia a necessidade do atendimento dos Direitos Fundamentais no orçamento público quando estão relacionadas a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”, bem como a possibilidade do Poder Judiciário ser chamado a intervir quando houver abuso de direito ou omissão por parte do Estado nesta área.

Acerca da teoria do “mínimo existencial”, é importante destacar que os Princípios Fundamentais, estabelecidos já nos primeiros artigos da Constituição da República do Brasil¹⁷³, devem ser considerados como balizadores dos fins que devem ser perseguidos pelo Estado, não só em razão de ali estarem identificados os princípios estruturantes, como já dito, mas também porque elenca os principais fundamentos, como a dignidade da pessoa humana, bem como objetivos a serem alcançados, a exemplo da erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

Tais preceitos, quando postos frente à realidade brasileira¹⁷⁴, verifica-se que não basta tão somente a conquistar dos Direitos Fundamentais como princípios estruturantes do Estado, sendo a tarefa, neste momento histórico, dar à eles efetividade, fazendo com que as prescrições constitucionais cheguem à população, visto que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

Neste sentido, pode-se afirmar que a expressão “mínimo existencial” está relacionada diretamente com os fundamentos da Constituição da República, na medida em que está simbioticamente vinculada ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio este que é referência para o limite mínimo de atenção do Estado.

A questão a ser formulada, destina-se a quais situações a intervenção do Estado se torna obrigatória para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse particular, depreende-se que isso se faz necessário sempre

¹⁷³ Art. 1º ao art. 4º, da CR/88

¹⁷⁴ Vide dados oficiais dos índices de pobreza e miserabilidade, citados no subcapítulo 2.1 deste trabalho.

que os Direitos Fundamentais estiverem ameaçando às condições mínimas necessárias à sobrevivência da pessoa humana, sem jamais esquecer que os Direitos Fundamentais foram criados para afirmar que a sua observância é obrigatória, não apenas para dar efetividade aos direitos elementares do cidadão, mas também para estabelecer um limite mínimo de atendimento, implementando a cláusula de proibição de retrocesso social, já citada anteriormente.

Vê-se, pois, que a conciliação desses dois dispositivos, quais sejam, “mínimo existencial” e “reserva do possível” é mais tormentosa do que parece, pois podem existir situações em que o mínimo exigível em uma determinada situação ou mesmo a sua ocorrência seja tão intensa que fique comprometida pela reserva do possível, ou mesmo seja inviabilizada por este princípio.

Os instrumentos hábeis para resolver a controvérsia, através da hermenêutica jurídica, são os postulados¹⁷⁵ da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, apesar de muitos sustentarem tratar-se da mesma coisa, a doutrina tem firmado posicionamento diverso, enfatizando que a razoabilidade se manifesta quando existe uma norma, atitude, resolução, atos e outros que são irrazoáveis, ou seja, fogem ao senso comum, a exemplo do art. 5º, XLVII, da CR/88, que obsta a pena de morte, cruel ou perpétua. A proporcionalidade é caracterizada quando se sacrifica uma regra ou um princípio em relação a outro, com o interesse de buscar a melhor solução entre as partes, ou seja, a proporcionalidade somente é utilizada quando se coloca em ponderação princípios ou normas, suprimindo uma em relação a outra, podendo se exemplificar quando normas de interesses individuais e coletivos estiverem em confronto.

Ainda, o postulado da proporcionalidade é utilizado quando se trata de um exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos (segurança, liberdade, vida, etc) especificamente em função da medida adotada. A proporcionalidade, segundo Eros Grau, se divide subprincípios:

A proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) desdobra-se, como observado, em três “subprincípios” - o de adequação (Geeignetheit), o de necessidade (mandamento de uso do meio mais brando) (Erforderlichkeit – Gebot des mildestem Mittels) e o da proporcionalidade em sentido estrito

¹⁷⁵ GRAU defende a ideia de serem a razoabilidade e a proporcionalidade “postulados normativos de interpretação/aplicação do direito, e não princípios”. In: GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 221.

(mandamento de ponderação específica (*Verhältnismässigkeit im ergenren Sinne – eigentliches Abwägungsgebot*)¹⁷⁶

Na mesma seara, leciona Humberto ÁVILA:

A ideia de proporção perpassa todo o Direito sem limites ou críticas [...] O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da *adequação* (o meio promove o fim?) o da *necessidade* (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados?) e o da *proporcionalidade em sentido estrito* (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)^{177/178}

Exemplifica-se:

a) Adequação (meio e fim) – meio escolhido é o ideal para o resultado¹⁷⁹. Ex: considerando-se que a mortalidade infantil está alta, comete-se o equívoco de determinar que os partos sejam feitos apenas por médicas; ou em razão do aumento da AIDS, proibir as pessoas beber, circunstâncias que se mostram inadequadas para o fim proposto.

b) Necessidade – (menor sacrifício possível). Impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para a solução do problema¹⁸⁰. Ex: fecha-se a fábrica com vários funcionários ao invés de regularizar (diminuir/eliminar) a poluição da chaminé desta.

c) Proporcionalidade Sentido Estrito – (sopesamento). É a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é

¹⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. p. 221.

¹⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 112-113.

¹⁷⁸ Para Humberto ÁVILA, "A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do imbricamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável. Se não houver relação meio/fim devidamente estruturada, então – nas palavras de Harmut Maurer – cai o exame da proporcionalidade pela falta de referência, no vazio" In: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 113.

¹⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p.229.

¹⁸⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 229.

justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão¹⁸¹. Por exemplo, o sopesamento entre o direito à intimidade e o direito à informação no caso de um servidor público que vai a um motel com determinada mulher, vencedora de uma licitação gerenciada pelo servidor flagrado.

Já o postulado da razoabilidade, também um instrumento utilizado na interpretação/aplicação do direito, não se trata de um exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos, como o postulado da proporcionalidade, diferencia-se na medida em que é visto como um exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos. Sobre as acepções de razoabilidade, três destacadas Humberto ÁVILA:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades deixa de ser enquadrada na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência de duas grandezas¹⁸².

Desta feita, não há como afastar a necessária provocação e consequente intervenção do Poder Judiciário quando se está diante do conflito entre a necessidade de consolidação do mínimo existencial e a insuficiente reserva do possível, pois, visto que o Poder Judiciário tem por função tutelar a garantia dos Direitos Fundamentais arrolados na Constituição da República, através da hermenêutica fundada nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, poderá apontar um sentido para a solução da controvérsia. Afirma-se que se “apontará um sentido para a solução”, pois a interpretação a ser conferida ao texto constitucional também dependerá das pré-compreensões¹⁸³ histórico-filosóficas do

¹⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 229.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 103.

¹⁸³ De acordo com a lição de Martin HEIDEGGER a pré-compreensão é *pré-juízo* e *pré-conceito* que o intérprete tem do *Ser*. A pré-compreensão auxilia o sujeito na construção do sentido do objeto pois, os valores são concretizados através da vivência do ser-no-mundo. Se há a compreensão de algo como algo, é porque há uma pré-compreensão que permite fazer isso, e ela é um produto da sociedade. As ideias não surgem do nada, como pensaram algumas tradições metafísicas; elas são

julgador acerca do tamanho do ideal do Estado contemporâneo e o princípio democrático.

2.4 Enfoque do princípio da Prioridade Absoluta

O direito da criança e do adolescente, para alcançar o atual *status* constitucional e legal hodierno, percorreu um longo caminho, iniciando com o reconhecimento de direitos previstos em tratados e convenções internacionais¹⁸⁴, até se firmar na legislação nacional considerada uma das mais avançadas do mundo no direito infanto-juvenil. Conforme afirmado no início do trabalho, é no período da chamada “segunda geração de Direitos Fundamentais”, com a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança, em 1924, que o Brasil efetiva normas que, seguindo a Declaração, destinam-se “a necessidade de proporcionar a criança uma proteção especial”.

Após diversos decretos regulamentando relacionados à matéria, em 1927 todas as normativas foram consolidadas no Decreto 17943-A, que instituiu o Código de Menores, conhecido como “Código Mello Mattos”, que considerava a criança e o adolescente entre 14 a 18 anos, e em risco social, como “vadios, abandonados e delinquentes”, colocando-os, portando, na condição de pessoas inadaptadas ao convívio social, em situação irregular, como se eles assim estivessem por vontade própria. Constatando-se que o “Código Mello Mattos” se encontrava obsoleto, a Lei 6.697/79 deu nova roupagem ao Código de Menores, mantendo, no entanto, a sistemática anterior acerca da situação irregular inerente às crianças e adolescentes menores de 18 anos.

Depreende-se que, com o novo paradigma adotado pela normativa internacional, o Brasil passou a reconhecer que crianças e adolescentes que se

rastreadas pela pré-compreensão. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. Vol. I. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

¹⁸⁴ “Três documentos internacionais deram origem a uma mudança no modelo legislativo brasileiro: as regras mínimas para a administração da Justiça de menores (regras de Beijing; Res. 40/33, de 29-11-1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas); a Convenção sobre os Direitos da Criança (Res. 1386 de 20-11-1989, da Assembleia Geral da ONU); e as Diretrizes para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad, Res. 45/112, de 14-12.1990, da Assembleia Geral da ONU)”. In: ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo. Saraiva. 2005. p. 07.

encontravam em vulnerabilidade social estavam nesta condição em razão de omissões e negligências causadas pelo Estado, que não proveu Políticas Públicas suficientes para retirá-las desta condição - não deixando de reconhecer, igualmente, responsabilidade da instituição família que, por vezes, se omite nos cuidados e obrigações inerentes ao pátrio poder (dever) - determinando que medidas de proteção¹⁸⁵ deveriam ser aplicadas sempre que os direitos reconhecidos na Lei estivessem sendo violados¹⁸⁶.

Roberto João ELIAS, ao tecer comentários sobre a evolução dos direitos infanto-juvenis, afirma que:

Diferentemente do Código de menores (Lei 6698, de 10-10-1979), revogado expressamente pelo art. 267, do Estatuto da Criança e do Adolescente, este diploma legal não se restringe ao menor em situação irregular, mas tem por objetivo a proteção integral à criança e ao adolescente. Agora, além de se responsabilizar os pais ou responsáveis pela situação irregular do menor, outorga-se a este uma série infindável de direitos necessários ao seu pleno desenvolvimento.¹⁸⁷

Nasce, portanto, a doutrina da proteção integral¹⁸⁸, a qual determina que crianças e adolescentes, por se tratarem de pessoas em processo de desenvolvimento e formação merecem especial atenção do Estado, da sociedade e da família, recebendo na Constituição da República de 1988 o *status* de “prioridade absoluta”, no art. 227.

Emerge, a partir de então, a grande transformação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁸⁹, com ele, as crianças e adolescentes deixam de ser tratadas como “objetos” para serem tratadas como “sujeitos” de direitos, ou seja, concluiu-se que não são as crianças e adolescentes que estão em situação irregular, mas sim a família e o Estado que acabam permitindo com que tal situação ocorra, determinando a Lei que, sempre que houver lesão ou ameaça de direitos a essas pessoas, medidas protetivas devem ser acionadas de modo a

¹⁸⁵ Art. 101 – Art. 129, da Lei 8.069/90.

¹⁸⁶ Art. 98, da Lei 8.069/90.

¹⁸⁷ ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. ed. São Paulo. Saraiva: 2004, p. 01.

¹⁸⁸ Art. 1º, da Lei 8.069/90.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>

garantir-lhes o pleno desenvolvimento¹⁹⁰.

A mencionada necessidade de tratamento dos direitos da criança e do adolescente, com prioridade absoluta, se faz necessária pois, em razão da idade e por estarem em processo de formação, não possuem capacidade para praticarem qualquer ato da vida civil. Tal prerrogativa, ao contrário do que se poderia afirmar, não viola o princípio da isonomia, mas atribui a uma população desigual privilégios de direitos justamente em razão de sua condição de desigualdade, justificando-se o merecimento, por parte do Estado, de mais proteção. É uma maneira encontrada pelo Estado para fazer valer o próprio princípio da igualdade, em sentido material.

E mais, a criança e o adolescente, ao contrário das pessoas maiores de idade (e capazes), por não possuírem plena capacidade para praticar todos os atos da vida civil, estão proibidas de buscarem por vontade própria a defesa de seus direitos. Em razão do fato de se encontrarem em fase de desenvolvimento físico e psíquico, são impossibilitadas de ter consciência e noção dos prejuízos que possam estar sofrendo, como por exemplo, os advindos da má qualidade de ensino e da incorreta assistência a saúde.

Quando se fala em omissões do Estado se está afirmando que ele não formulou e executou Políticas Públicas sérias de inclusão nas áreas da saúde, educação, lazer, profissionalização e demais Direitos Fundamentais previstos em Lei¹⁹¹. As negligências familiares, são vistas como o nascedouro do problema que, salvo exceções, está na ausência de “referência familiar”, ou seja, mães que engravidam precocemente, pais que se escusam de suas responsabilidades como provedores de dignidade para seus filhos; enfim, circunstâncias que resultam em (e da) crise no modelo de família contemporânea que, por não serem tratadas como prioridade, acabam não recebendo as Políticas Públicas condizentes, acarretando em prejuízos inestimáveis aos futuros cidadãos, como a ausência de construção de valores saudáveis e motivação para a conquista de uma vida ainda mais digna, comprometendo o destino e toda sociedade.

Diante desta realidade, exsurge a obrigação do Estado que, através de Políticas Públicas sérias, deve promover a igualdade entre desiguais, ou seja,

¹⁹⁰ Art. 6º, da Lei 8.069/90.

¹⁹¹ Art. 227, da CR/88 e art. 7º - 69, do ECA.

criar mecanismos inclusivos tendentes a evitar as consequências nefastas das omissões citadas, seja através de programas de orientação e apoio familiar, seja através de todas aquelas disposições legais previstas nos artigos 101 e 129, do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendente a encaminhar os infantes e seus genitores a programas inclusivos.

Frise-se que o ECA ratifica o princípio da prioridade absoluta na destinação de recursos para a implementação de Políticas Públicas destinadas a crianças e adolescentes¹⁹². Assim, sendo o Brasil um Estado Social e Democrático de Direito, comprometido com a dignidade da pessoa humana e com a erradicação da pobreza¹⁹³, inexistem motivos para que o Poder Público e a sociedade trate as causas sociais relacionadas às crianças e adolescentes sem a importância que elas merecem.

Seguindo-se o pensamento proposto por Amartya Kumar SEN, sobre a necessidade de atenção especial à educação, já explanado anteriormente, esta deve ser priorizada em detrimento da edificação de obras faraônicas, por exemplo.

Assim, considerando a previsão constitucional e legal da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, torna-se questionável a discricionariedade que possui um administrador público ao deliberar pelo asfaltamento de uma rua em detrimento do atendimento integral da demanda escolar, especialmente no que diz respeito àqueles que estão em situação de risco. Evidentemente que quando tais distorções acontecem incide o administrador público em improbidade em razão do descumprimento de obrigação legal¹⁹⁴. Isto porque, em virtude do mesmo princípio da prioridade absoluta, há a preferência na formulação e

¹⁹² Art. 4º do ECA: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (sem grifos no original).

¹⁹³ Art. 1º e art. 3º da CR/88.

¹⁹⁴ Art. 37, da CR/88: “A administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (grifo do mestrando).

na execução de Políticas Públicas, bem como a destinação privilegiada de recursos nas áreas relacionadas à proteção à infância e à juventude¹⁹⁵.

Ou seja, em face do princípio da prioridade absoluta, deve haver maior limitação da discricionariedade administrativa, inclusive em matéria de orçamento, forçando o Estado à atender os direitos da criança e do adolescente com a devida preferência. Neste sentido, percebe-se que não é por acaso que as cidades convivem com intensa violência. Ora, para o estabelecimento deste lamentável cenário, há a contribuição de muitos administradores públicos que não estão cumprindo a lei e dando a atenção exigida às causas relacionadas à infância e adolescência.

Registra-se também que o princípio da prioridade absoluta deve ser interpretado de forma sistemática, não havendo como se negligenciar as demais normas e princípios constitucionais relacionados ao tema, como por exemplo, a obrigatoriedade do ensino “fundamental”¹⁹⁶ e o necessário incentivo ao planejamento familiar¹⁹⁷ sob pena de se imobilizar a própria concretização das pretendidas Políticas Públicas.

O conteúdo do princípio da prioridade absoluta não é meramente retórico, é norma cogente, devendo o poder discricionário administrativo estar aprumado a ele e, quando não, pode o Judiciário intervir, através do processamento dos instrumentos competentes, como a Ação Civil Pública, cuja legitimidade também pertence ao Ministério Público, tema que será mais amplamente abordado no próximo capítulo.

¹⁹⁵ Art. 4º, Parágrafo Único, do ECA: “A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”.

¹⁹⁶ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

¹⁹⁷ Art. 226 da CR/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

CAPÍTULO 3

SUBSTANCIALISMO E POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Adoção de uma postura Substancialista: Efetivação dos Direitos Fundamentais

Analizou-se nos capítulos anteriores a importância da teoria substancialista para a efetivação de Políticas Públicas, bem como se verificou o papel do Poder Judiciário nesta seara. É importante, pois, verificar o motivo pelo qual a adoção de uma postura substancialista, com uma maior intervenção judicial nas questões sociais, é fundamental para dar cumprimento às determinações constitucionais, e a forma encontrada pelo órgão jurisdicional - até mesmo com o fito de evitar abusos - passa, necessariamente, pela hermenêutica jurídica, que objetiva a aplicação do Direito com maior Justiça e validade social.

A conquista dos Direitos Fundamentais ao longo da história e a consequente demanda por Políticas Públicas tangentes à sua efetivação - com a necessária intervenção do Estado na sociedade - ocasiona inevitáveis conflitos que deverão ser dirimidos por um dos poderes, submetendo os demais às suas deliberações.

Para APPIO, “o controle judicial das políticas públicas no país emerge do interior de uma sociedade fragmentada pelas desigualdades sociais e marcada pela limitação decisória imposta aos mecanismos tradicionais de representação do Estado”¹⁹⁸.

Enfatiza-se que a intervenção judicial nos atos dos Poderes Legislativo e Executivo relacionados às Políticas Públicas destinadas à concretização dos Direitos Fundamentais, como já visto, não deve agredir ao princípio da separação de Poderes, como a vigente no Estado brasileiro. Em

¹⁹⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 137.

verdade o que deve ocorrer é a mudança do “polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional), pela impossibilidade de o legislativo (a lei) antever todas as hipóteses de aplicação¹⁹⁹”.

O itinerário intelectual que leva à realização do Direito, segundo BARROSO, dá-se através de três marcos: a *hermenêutica jurídica*, a *interpretação* e a *aplicação*. Para o referido jurista:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A *interpretação* é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A *aplicação* de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade do fato²⁰⁰.

Destaca-se, no itinerário apontado, o papel da hermenêutica jurídica que, para o jurista Carlos MAXIMILIANO, “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito²⁰¹”.

O método clássico hermenêutico – superado, diga-se de passagem – é o “subsuntivo”, que consistem em um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma, ou seja, a lei é a premissa maior, os fatos a menor e a sentença é a conclusão²⁰². Pode-se citar como elementos clássicos da hermenêutica jurídica, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico, os quais serão tratados de maneira perfunctória em razão de serem insatisfatórios na atual hermenêutica do Direito como um sistema aberto.

Sobre a interpretação gramatical, afirma BARROSO que:

Toda a interpretação jurídica deve partir do texto da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras. Pela interpretação gramatical – dita também literal, filológica, semântica – se cuida de atribuir significados aos

¹⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. p. 01.

²⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 103.

²⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 01.

²⁰² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 345. E complemente o autor: “O papel do juiz consistem em revelar a vontade da norma, desempenhando uma atividade de mero conhecimento, sem envolver qualquer criação do Direito para o caso concreto”. In: BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 345.

enunciados lingüísticos do texto constitucional [...] a interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete²⁰³.

Já o elemento histórico orienta o jurista a considerar em sua interpretação a busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos e dos trabalhos preparatórios, no intuito de revelar a vontade histórica do legislador²⁰⁴.

A utilização do elemento sistemático na interpretação da Lei se dá porque seus dispositivos não podem ser interpretados isoladamente, mas em conjunto com todo o ordenamento jurídico diante da ideia de sua unidade. Por fim, o elemento teleológico ganha corpo quando se objetiva revelar a finalidade da norma, o valor ou bem jurídico tutelado pela Lei.

Entretanto, diante da imprevisibilidade científica e da transformação da sociedade, a hermenêutica cerrada no método e elementos expostos, não se revelou suficiente para dar efetividade aos direitos e garantias previstos em Lei e se modificou ao longo do tempo.

Em verdade, a hermenêutica – assim como a sociedade – vem passando por fases, as quais são ultrapassadas na medida em que se superam determinados paradigmas. Em um primeiro momento, surgiu a hermenêutica “dogmática” que, segundo Carlos MAXIMILIANO, é o “sistema tradicional, primitivo de Hermenêutica, ao que se obstina em jungir o Direito aos textos rígidos e aplicá-los hoje de acordo com a vontade, verificada ou presumida do legislador há muito sepultado”²⁰⁵.

A hermenêutica dogmática é característica do modelo positivista jurídico que, com o fito de criar uma *ciência* jurídica à semelhança das exatas e naturais, buscou objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica. Em virtude deste fato, houve a separação do Direito da Moral e dos valores transcendentais²⁰⁶. Repisa-se que o pensamento positivista não

²⁰³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 127.

²⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 132.

²⁰⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 38.

²⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 348-349.

atribui força normativa aos princípios, como já afirmado anteriormente²⁰⁷, deve-se fundar em “juízos *de fato* que visam o conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor* que representam uma tomada de posição diante da realidade” não sendo o Direito o âmbito para discussões entre legitimidade e justiça²⁰⁸.

Para Plauto Faraco de AZEVEDO:

o pensar dogmático, desenvolvido em circuito fechado, tratando das normas e dos conceitos jurídicos, de seu arranjo e funcionalidade internos, de suas inter-relações e de sua sistematização na ordem jurídica positiva, termina por esvair-se em considerações intra-sistêmicas, esquecendo ou deixando de lado a circunstância por certo não negligenciável de que o direito existe para satisfazer necessidades e interesses individuais e sociais. Desemboca-se, por esta forma, no reducionismo logicista e formalista pelo qual se quer construir uma ciência jurídica tão perfeita que termina por não dever satisfação à vida e aos dramas humanos²⁰⁹.

Todavia, o modelo dogmático essencialmente positivista, demonstrou a existência de um Direito descompromissado com a realidade da vida e dos “dramas humanos”, sendo ineficiente para propor respostas às demandas sociais e desencadeando uma notada “crise” no Direito (sua interpretação/aplicação). Cita-se, por exemplo, a ineficiência das Políticas Públicas diante das promessas da modernidade contidas na Constituição da República de 1988, comprometida com a consolidação de um Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, diante da superação histórica do jusnaturalismo e do aparente fracasso do rígido positivismo, abre-se um caminho para um conjunto amplo e inacabado de reflexões acerca do compromisso do Direito com sua função social e interpretação²¹⁰.

Há a necessária revisão do Direito como um sistema hermeticamente fechado, autopoietico – como já tratado no decorrer do trabalho – e a afirmação de um “paradigma hermenêutico” que inclua a definição das relações entre valores, princípios e regras e a teoria dos direitos fundamentais, edificada

²⁰⁷ Pensamento de Eros GRAU exposto no Tópico 1.2.1.

²⁰⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 349

²⁰⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 29.

²¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 349.

sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana²¹¹. Com a valorização dos princípios e a sua incorporação explícita ou implícita e o reconhecimento de sua normatividade, proporciona-se uma reaproximação entre Direito e valores transcendentais como a Ética²¹². É neste âmbito hermenêutico que se encontra a teoria substancialista com a promoção de um intervencionismo Judicial regado também por aqueles valores, conforme se verá adiante.

A superação dos paradigmas hermenêuticos positivistas e jusnaturalistas, bem como o reconhecimento da importância da interpretação aberta dos princípios e regras, permitiu o desenvolvimento do Garantismo Jurídico - como explanado no tópico 1.3 – que tem como compromisso edificar uma teoria jurídica capaz de assegurar e garantir os Direitos Fundamentais conquistados pelo homem ao longo de sua história, através da diferenciação entre validade material e formal das normas jurídicas; do reconhecimento de uma dimensão substancial de democracia; da sujeição do Estado à lei somente quando esta demonstra sintonia entre forma e conteúdo; da análise da Ciência Jurídica com contornos críticos e projeção para o futuro.

O Garantismo Jurídico, entendido como um modelo normativo de Direito, está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e nos Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas do Estado à Constituição. A sujeição formal é vinculada ao princípio da legalidade, em razão de que todo o Poder Público – Legislativo, Judiciário, Executivo – está subordinado às leis gerais e abstratas, disciplinadoras das formas de exercício submetidas ao controle de legitimidade por parte de juízes autônomos e independentes. A sujeição material remete a funcionalização dos Poderes do Estado objetivando garantir os Direitos Fundamentais por meio da limitação da lesão aos direitos de liberdade e da obrigação de dar satisfação aos Direitos Sociais.

Com a adoção do modelo Garantista, firma-se a possibilidade de questionamento da validade substancial/material das leis em contraste com sua aplicação no mundo empírico, devendo, no processo hermenêutico (interpretação/aplicação), ser desconsiderada a norma que não garanta a efetividade

²¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 349.

²¹² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. p. 350.

dos Direitos Fundamentais. Neste sentido, observa-se que o conteúdo da norma possui maior valor que a mera formalidade que permitiu o seu surgimento no mundo jurídico.

Assim, diante dos inevitáveis conflitos decorrentes da expectativa social de solidificação de Políticas Públicas eficientes, aprumadas aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição e ao princípio da dignidade da pessoa humana, e diante do entendimento do Direito como um instrumento de transformação social, há a necessidade de o Estado assumir uma nova postura na aplicação do Direito, ganhando força a adoção das posturas substancialistas pelo Poder Judiciário com horizonte hermenêutico Garantista.

Ao contrário do norte procedimentalista, que vislumbra prejuízos à democracia representativa e à separação dos Poderes quando há a intervenção judicial nas Políticas Públicas, a visão substancialista orienta o Poder Judiciário a não assumir uma postura passiva diante da sociedade, devendo se posicionar como um verdadeiro garantidor de direitos.

Um exemplo dessa postura a ser assumida pelo Poder Judiciário é verificado quando a interpretação está voltada à efetividade da dignidade, da cidadania e dos direitos sociais - evidenciando a superação do paradigma do liberalismo – que estabelece, entre os seus princípios, que o ato administrativo, especialmente aqueles relacionados à Políticas Públicas, ao contrário da discricionariedade absoluta de outros tempos, deverá obedecer ao princípio da legalidade, ou seja, a decisão administrativa está limitada àquilo que é autorizado pela legislação, que, em resumo, significa que todo ato administrativo que contrariar o conteúdo legal, e principalmente, constitucional deverá sofrer intervenção do Poder Judiciário²¹³.

Sobre o tema leciona Rodolfo de Camargo MANCUSO:

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que a política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente,

²¹³ Conforme o mandamento Constitucional contido no art. 5º, XXXV, da CR/88 - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados²¹⁴.

E o que dizer quando a Constituição da República determina a aplicação da prioridade absoluta²¹⁵ no atendimento dos direitos das crianças e adolescentes. Teria o gestor público o direito de deliberar diversamente, especialmente quando lei ordinária estabelece o que prioridade consiste: “primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude”²¹⁶.

Seguindo-se este norte, nota-se que o Poder Judiciário tem competência para exercer o controle do ato administrativo, igualmente aqueles relacionados às Políticas Públicas. Nesta intervenção, o Judiciário analisará o ato administrativo não só observando o princípio da legalidade – forma em que se permitiu que o ato se realizasse -, mas também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tratados anteriormente.

Sobre o controle judicial de atos de competência dos outros Poderes, afirma STRECK que:

Na medida em que aumentam as demandas por direitos fundamentais e na medida em que o constitucionalismo, a partir de preceitos e princípios invade cada vez mais o espaço reservado à regulamentação legislativa (liberdade de conformação do legislador), cresce a necessidade de se colocar limites ao “poder hermenêutico” dos juízes²¹⁷.

Eduardo APPIO afirma que “os limites da intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas dependerão, portanto, da concepção que a própria Corte irá adotar sobre a extensão de sua própria jurisdição, a partir da interpretação da Constituição como um todo”²¹⁸.

²¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré. - 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 777.

²¹⁵ Art. 227, da CR/88.

²¹⁶ Art. 4º, parágrafo único, do ECA.

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. p. 01-02.

²¹⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. p. 142.

A posição substancialista vê a normatização como instrumento meramente informativo para direcionar as iniciativas e viabilizar a promoção social com base na experiência e do conhecimento da situação sócio-econômica, que pressupõe conhecimento multidisciplinar por parte do operador jurídico sobre as dimensões políticas. Ao contrário, a posição formalista vê o direito como uma técnica de controle e de organização social perfeito, despolitizado e sem valoração, estabelecendo a necessidade de decisões estritamente legais.

Diante dessa dicotomia, mister a capacitação do órgão jurisdicional de forma que possua, primeiramente, uma pré-compreensão substancialista/garantista do Direito e da sociedade, para depois ter a capacidade de rechaçar o procedimentalismo extremado através da aplicação do conhecimento multidisciplinar auferido, concedendo às Políticas Públicas efetividade suficiente para promover uma vida digna à população, especialmente das crianças e dos adolescentes.

A concepção garantista do Direito, portanto, influi na interpretação do alcance da Democracia. A CR/88 adotou a Democracia como forma do Estado²¹⁹, tendo preceituado no art. 1º, parágrafo único da CR/88 que: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Deste artigo, abstrai-se a instituição da democracia representativa que, juntamente com a democracia participativa, onde o povo é chamado a deliberar sobre os seus interesses, criou uma forma de administração voltada à satisfação dos anseios da população, que clama por dignidade e cidadania.

Muito se tem discutido se a democracia atual, proposta pelo modelo do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, é formal ou substancial, isto é, se foi estabelecida para que exista uma estrita obediência às formalidades da Lei,

²¹⁹ “[...] Estado é um conceito definido juridicamente: do ponto de vista objetivo, refere-se a um poder estatal soberano, tanto interna quanto externamente; quanto ao espaço, refere-se a uma área claramente delimitada, o território do Estado; e socialmente refere-se ao conjunto de seus integrantes, o povo do Estado. [...] No uso político da linguagem, os conceitos “nação” e “povo” têm a mesma extensão. Para além da fixação jurídica, no entanto, “nação” também tem o significado de uma comunidade política marcada por uma ascendência comum, ao menos por uma língua, cultura e história em comum”. In.: HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 123-124.

que é elaborada pelo parlamento, ou se, ao contrário, foi criada para que os interesses do povo estejam sempre acima das formas legalmente estabelecidas.

Observa-se, portanto, como já afirmado, que conforme a pré-compreensão que se tem de democracia ou do Estado Social e Democrático de Direito, maior ou menor será a possibilidade de se utilizar os princípios Constitucionais como norteadores das Políticas Públicas tendentes dar efetividade aos fundamentos e objetivos instituídos na Carta Magna de 1988, diminuindo-se as diferenças sociais que são as maiores causas do sofrimento de uma grande parcela da população.

A Constituição da República, em seu art. 2º, também estabelece que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o Judiciário”; cada qual com suas atribuições precípua definidas pela lei, o primeiro com a obrigação de criá-las, o segundo executar e o terceiro de julgar conforme suas determinações. Não obstante, para que cada um dos Poderes consiga cumprir suas finalidades, a par de suas incumbência preponderantes, necessitam exercer ocasionalmente as funções delegadas aos demais, evidenciando que as funções de julgar, legislar e executar não são privativas.

Em se tratando do Poder Judiciário, incumbe-lhe além das atribuições julgadoras tradicionalmente a ele vinculadas, julgar a validade das normas e demais atos administrativos, que, embora sejam formalmente perfeitos, podem carecer de algum dos requisitos que viabilize sua validade material, devendo passar pelo crivo do Órgão Jurisdicional, permanecendo no ordenamento jurídico, com plena aplicação, somente os dispositivos legais que estiverem em sintonia com os preceitos constitucionais.

O cuidado que se deve ter com relação à intervenção por parte do Poder Judiciário em matérias tradicionalmente afetas aos demais Poderes, é descobrir em qual medida o controle judicial é compatível com a democracia no Brasil, que dependerá do entendimento que se tem de Estado Social e Democrático de Direito. Isto quer dizer que se a concepção de Poder for apenas aquela que dispõe o art. 1º da CR/88, ou seja, emanção do povo, o Órgão Jurisdicional, por não receber, a princípio, referida delegação não poderia se sobrepor às deliberações

populares oriundas dos representantes dos demais poderes que passaram por um sufrágio.

Nesta mesma linha, igualmente, é necessário tratar a Democracia, não somente em sua forma de representação do poder popular como já referido, mas tratá-la de forma substancial, dando efetividade de direitos ao povo. Importante ressaltar que a omissão do Executivo de não conceder determinado direito, bem como do Legislativo de não regulamentar a forma de sua implementação não poderá implicar na perda de direitos elementares por parte daqueles que se encontram desassistidos de mecanismos mínimos de manutenção de sua vida e dignidade, previstos na Constituição da República de 1988.

É justamente aí que reside a lógica da tripartição dos poderes criada por MONTESQUIEU²²⁰, como já nos referimos, onde deve haver o funcionamento de um sistema de controle recíproco (freios e contrapesos), ou seja, quando o Poder Legislativo é omissos na regulamentação da lei, e o Executivo na implementação de Políticas Públicas, surge a necessidade de o Poder Judiciário contra-balançar o direito²²¹; até porque, como alhures afirmado, é questionável a legitimidade democrática concedida por uma população composta em sua maioria por miseráveis a um parlamento clientelista e corrupto que se estende também ao governante que, por regra, em detrimento do social faz provisões orçamentárias a interesses sabidamente escusos e comprometidos com interesses particulares. Será que a população – que delegou poderes aos atuais governantes - concorda com o nepotismo arraigado e defendido por estes setores, bem como com a corrupção a eles inerente, ou acredita que as leis originárias também da delegação criaram instituições com autoridade e legitimidade para rechaçar os abusos?

²²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Cap. VI do Livro XI.

²²¹ Destaca-se o pensamento crítico de MANCUSO: “Possivelmente por conta de uma acepção exacerbada ou um tanto radical de tripartição entre os Poderes, ou ainda por influência de certas contingências políticas em épocas de exceção, grassou por certo tempo em nosso país uma tendência (hoje um tanto esmaecida) à aproximação entre as políticas públicas e os atos puramente políticos, de governo, ou, enfim, os ditos atos de gestão, por aí se pavimentando o caminho para o argumento de que certas condutas dos governantes se revelam infensas e refratárias ao contraste jurisdicional. In: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985*. p. 783.

Não se pode desconsiderar que, além de prestar um serviço público, o Judiciário é um Poder da República, responsável pelas diretrizes políticas e organizacionais da sociedade, cabe-lhe também auxiliar na concretização das diretrizes, objetivos e fundamentos estabelecidos na Magna Carta. Portanto, condicioná-lo à mera subsunção da norma ao caso concreto, através de paradigmas ultrapassados por métodos formais, sistemáticos e dedutivos é diminuir sua importância e amesquinhar suas relevantes funções.

A função do Poder Judiciário, especialmente no Brasil, com desigualdades sociais tão acirradas, deve assumir seu papel de auxiliar na implementação de Políticas Públicas compensatórias, fornecendo saúde, segurança, educação, enfim, justiça, àqueles que mais necessitam. E mais, interferindo nas decisões equivocadas, ou seja, como agente político deve auxiliar na estabilização do País, adequando as decisões administrativas à Constituição da República.

Ainda, importa ressaltar que quando um direito negativo, a exemplo da liberdade ou mesmo da igualdade é achacado por um ato legislativo ou administrativo, o Judiciário não tem somente o direito, mas o dever de rechaçar a ilegalidade, ou a não adequação à CR/88, porque não poderia fazê-lo quando normas positivas são aviltadas em detrimento de preceitos constitucionais, quando a própria Constituição Republicana disponibilizou diversas garantias jurídicas para limitar o injusto, ou fomentar a prestação²²².

Ressalta-se que em diversas ocasiões ou o Poder Judiciário legisla indiretamente, ou seja, quando julga uma ação com efeitos *erga omnes*, não estaria ele, de uma forma diversa, estabelecendo preceitos “legais” a um número indiscriminado de pessoas com base na lei cancelada pelos Poderes Legislativos, que lhe delegou referidas atribuições. E, quando julga uma Ação Civil Pública, não estaria ele legislando? Igualmente, no caso de haver vacância da lei e é provocado a julgar um mandado de injunção? Ou até mesmo quando declara a inconstitucionalidade de uma lei ou quando anula um ato administrativo que atente contra o art. 37 da CR/88.

²²² A exemplo do conteúdo do Título I e Título II da CR/88.

Observa-se que quando o Poder Judiciário delibera sobre qualquer matéria, seja ela referente a ato administrativo ou não, ele o faz dentro de um procedimento próprio, onde uma pessoa (parte) se sentiu prejudicada e teve um direito desassistido, a parte adversa contrapõe o seu direito dentro da mais ampla defesa, inclusive com possibilidade de recurso a instância superior, não sendo a decisão judicial um ato exclusivo do órgão Jurisdicional, sendo apenas um instrumento de efetivação de direitos pré-existentes, consagrados principalmente na Constituição da República.

Como se verifica, não se está falando em “decisionismos” e abusos, pois através de um sistema hermenêutico, que assegure a efetividade dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana, como o proposto pelo Garantismo Jurídico, é que se permite ao Poder Judiciário a adoção de uma postura substancialista, com a consequente intervenção em Políticas Públicas, sem a invasão da esfera de competência dos demais Poderes do Estado. Neste sentido, desde já chama-se a atenção para o papel da Ação Civil Pública, cuja titularidade também pertence ao Ministério Público e serve de instrumento para a provocação do Poder Judiciário nestas questões.

O ordenamento Constitucional brasileiro estabelecido pela CR/88 prevê determinadas garantias²²³ constitucionais que possuem o objetivo de tutelar, precipuamente contra o Estado, situações subjetivas derivadas de Direitos Fundamentais²²⁴, são elas: *habeas corpus*, *habeas data*, Mandado de Segurança (individual e coletivo), mandando de injunção, ação popular, ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ação civil pública.

Nota-se que com estas ações, previstas expressamente na CR/88, contribuem para a superação do caráter “programático” das normas constitucionais, pois, principalmente aquelas tangentes à tutela dos Direitos Fundamentais, não

²²³ Para José Afonso da Silva, “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são os meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 412.

²²⁴ Com a exceção da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação de Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que são limitadas à discussão do Direito, se há ou não compatibilidade da norma com o texto constitucional.

podem ser reduzidas a meras proposições teóricas desprovidas de eficácia como já enfatizamos em capítulo diverso.

No presente trabalho, ganha relevância a Ação Civil Pública, como mecanismo constitucional com o condão de provocar o Poder Judiciário à intervir em Políticas Públicas destinadas à eficácia dos Direitos Fundamentais. No caso dos Direitos da criança e do adolescente, a referida Ação Constitucional se destina também à dar efetividade àqueles Direitos Fundamentais quando não obtidos através de procedimentos extrajudiciais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, a exemplo do ajustamento de conduta, tratado no próximo item.

De acordo com a Lei nº. 7.347/85 o objeto da Ação Civil Pública se destina às ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais com grande importância para a coletividade, como aqueles causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bens de interesse difuso e coletivo ou infração à ordem econômica²²⁵.

São, pois, interesses “metaindividuais”, classificados pela doutrina em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os interesses difusos, “são aqueles de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”^{226/227} Já os interesses coletivos “são os interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas, dizendo respeito a um grupo, classe ou categoria de indivíduos ligados por uma mesma relação jurídica-base [...] não apenas por meras circunstâncias fáticas”^{228/229}. Por fim, têm-se os interesses individuais homogêneos como aqueles interesses “divisíveis, cindíveis, passíveis de ser atribuídos a cada um dos interessados, na proporção que cabe a cada um deles, mas que, por terem

²²⁵ Art. 1º, da Lei 7.347/85.

²²⁶ Art. 81, Parágrafo Único, I, do CDC.

²²⁷ É exemplo de interesse difuso aqueles relacionados à tutela do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural.

²²⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 51.

²²⁹ Por exemplo, é interesse coletivo o direito dos alunos de uma mesma escola terem acesso à mesma qualidade de ensino.

origem comum (a homogeneidade decorre dessa origem comum), são tratados coletivamente”^{230/231}.

Diante da relevância social dos objetos da Ação Civil Pública, a própria lei permite a concessão de medida liminar, quando indispensável à proteção do próprio objeto da lide²³² ou mesmo quando houver evidência de seu perecimento. Também, a sentença prolatada em uma Ação Civil Pública faz coisa julgada *erga omnes*²³³, ou seja, os efeitos da demanda não ficam adstritos às partes envolvidas, mas são opostos à toda população de uma determinada área jurisdicional.

Destaca-se a peculiaridade da legitimação ativa para a propositura da Ação Civil Pública, que possui um elenco limitado de legitimados, previsto no art. 5º da Lei 7.347/85, como o Ministério Público²³⁴, a Defensoria Pública, a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associações desde que preenchidos alguns requisitos legais.

Assim, a criação da Ação Civil Pública foi um divisor de águas, pois representou um grande avanço em termos de efetivação de direitos, tendo importância fundamental também como instrumento de provocação ao Poder Judiciário à intervir em Políticas Públicas destinadas à dar efetividade aos Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente devendo, juntamente com os demais legitimados, estar o Ministério Público atento aos casos que demandem a sua proposição.

Desta feita, quando o Poder Judiciário é provocado para intervir em uma determinada Política Pública, através das ações competentes, não abusa do poder hermenêutico para interferir nas matérias pertinentes aos demais Poderes do Estado; não se contempla agressão ao princípio da tripartição dos Poderes ou a

²³⁰ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. p. 54.

²³¹ Como exemplo de interesse individual homogêneo, cita-se os compradores de um automóvel fabricado por uma mesma linha de montagem que apresentem um mesmo defeito de série.

²³² Art. 12, da Lei 7.347/85.

²³³ Prevendo a Lei 7.347/85, no art. 16, a exceção houver o julgamento pela improcedência por deficiência de provas.

²³⁴ Art. 5º, I, da Lei 7.347/85. Destaca-se que a legitimidade ativa do Ministério Público é enfatizada na CR/88 no art. 129, III.

pretensão de se mostrar um “superpoder”. Não se trata de “decisionismo”, mas da adoção de uma postura substancialista, hermeneuticamente sustentável, que valoriza o conteúdo da norma constitucional e da lei para limitar a discricionariedade - utilizada muitas vezes de forma desmedida pelos governantes – contribuindo de maneira eficaz para a efetivação dos Direitos Fundamentais.

3.2 O Ministério Público como defensor dos Direitos Fundamentais

O Ministério Público, órgão que recebeu especial atenção da Constituição da República de 1988, é a instituição a quem foi dada a incumbência, conforme prescreve o art. 127, da CR/88, “da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, descrevendo, entre suas funções, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”²³⁵.

Do texto constitucional, depreende-se a forte relação entre a instituição do Ministério Público e a defesa do interesse público, como afirma Hugo Nigro MANZZILLI:

Deve o Ministério Público chegar ao povo, de forma mais ampla possível, para que saiba este o que a instituição pode fazer, o que deve fazer, o que está fazendo, o que não está fazendo mas deveria fazer, quais seus instrumentos de trabalho, quais suas garantias, quais suas principais falhas e qualidades, bem como suas mais prementes necessidades e reivindicações²³⁶.

Analisando-se perfunctoriamente as disposições constitucionais relacionadas ao Ministério Público, verifica-se que as atribuições delegadas à instituição a tornaram imprescindíveis para a efetivação dos Direitos Fundamentais, na medida em que o responsabilizou pela defesa da aplicação da lei, da manutenção do sistema democrático, legitimando-o também a defender os direitos sociais e individuais indisponíveis²³⁷. Portanto, as possibilidades de atuação do

²³⁵ Art. 129, III, da CR/88. Destaca-se o fato do Ministério Público ter entre as suas funções a de promover, privativamente, a ação penal pública, conforme prevê o art. 129, I da CF/88.

²³⁶ MANZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 20.

²³⁷ Frise-se que o Ministério Público possui legitimidade para intervir em causas em que há “interesse

Ministério Público são vastas, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais – de segunda geração – que estão diretamente relacionados à Políticas Públicas prestacionais, envolvendo diretamente os direitos da criança e do adolescente, e as omissões por parte do Poder Público na implementação.

A Constituição da República de 1988 representa um marco jurídico e político do processo de transformação do Estado brasileiro. Ela consolidou em norma fundamental mudanças legislativas na área dos direitos difusos e coletivos, além de fornecer as bases para a ampliação da codificação de novos direitos transindividuais. Ela também arremessou as instituições judiciais à esfera política quando ampliou as formas de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos do Executivo e de leis do Parlamento, inclusive por meio das Ações Constitucionais, descritas no item anterior. Neste sentido, pode-se afirmar que foi de extrema importância o fato da CR/88 retirar o Ministério Público da alçada do Poder Executivo, conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional, deslocando-o da tarefa de defender o Estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade²³⁸.

Impende observar ainda que a CR/88 forneceu inúmeros instrumentos ao Ministério Público para o desempenho de suas funções, entre os quais, a Ação Civil Pública²³⁹, que, como já visto, se destina à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Ressalta-se, porém, que também esta Ação Constitucional é manejável, com a titularidade do

público” evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, conforme dispõe o art. 82, III do CPC. Acerca do “interesse público”, convém repisar o que leciona Lucia Valle FIGUEIREDO sobre o tema quando afirma “que o campo *ideal* de conformação, manifestação e implementação do interesse público é o universo das *políticas públicas*. Protegê-lo depende, fatalmente, da organização de seus titulares, já que, presume-se, os formuladores de políticas estão conscientes da sua importância. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional*. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré. - 2. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 526.

²³⁸ Vide: BRASIL. Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Diploma que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

²³⁹ BRASIL. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347.htm>.

Ministério Público, na tutela dos Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente, conforme prevê o art. 201, V, do ECA²⁴⁰.

Isto significa afirmar que sempre que direitos sociais, coletivos e difusos relacionados à criança e ao adolescente estiverem sendo aviltados, está o Ministério Público, juntamente com os outros sujeitos arrolados pela lei, legitimado ao ajuizamento de demandas tendentes à satisfação dos anseios da sociedade e, de modo especial, dessa clientela que merece especial atenção do Estado.

Todavia, a atuação do Ministério Público, destinada à efetividade dos Direitos Fundamentais, não se cinge à provocação do Judiciário, somente; convém ressaltar que a legislação forneceu ao Ministério Público um instrumento extrajudicial também muito importante à resolutividade das demandas sociais que é o “Ajustamento de Conduta”²⁴¹. Tal procedimento que se destina a resolver questões de interesse social de forma consensuada e sem o ajuizamento de ação judicial, fazendo-o através de um acordo entre as partes, onde o Poder Público se obriga, dentro de um certo espaço de tempo, a prestar um serviço ou a implementar determinada política pública de modo a satisfazer a uma determinada obrigação pública (legal e/ou constitucional).

No que diz respeito ao direito da criança e do adolescente - e entenda-se criança o infante com até 12 anos incompletos e adolescente de 12 a 18 incompletos²⁴² -, com muito mais propriedade, incumbe ao Órgão em comento a defesa incondicional de seus Direitos Fundamentais, pois, não bastasse estas pessoas se encontrarem em processo de desenvolvimento físico, intelectual e espiritual, não possuem elas idade suficiente para defenderem seus próprios interesses, sendo que seus pais, muitas vezes, em razão da extrema vulnerabilidade

²⁴⁰ Art. 201. Compete ao Ministério Público: [...] V - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal.

²⁴¹ Para Hugo Nigro MANZZILLI, ao tratar sobre o Ajustamento de Conduta, “Antes da eventual propositura da ação civil pública, pode surgir a possibilidade de o causador da lesão a um dos interesses difusos propor-se a reparar o dano, ou a evitar que este ocorra ou persista; pode ainda o investigado aceitar a fixação de um prazo de implantação das providências necessárias à correção das irregularidades. Essa possibilidade não raro ocorrerá enquanto esteja em pleno curso o inquérito civil”. In MANZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999, p.293.

²⁴² Art. 2º, do ECA.

social, não conseguem assegurar ou mesmo lutar por seus direitos com os instrumentos e garantias legais que são mais facilmente instrumentalizados pelo Promotor de Justiça. Enfatiza-se que a atuação do Ministério Público em favor das crianças e adolescentes objetiva a concretização da igualdade entre as pessoas, em sentido material, sendo respaldado pelos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, já explanados nos capítulos anteriores.

A par dos tradicionais Direitos Fundamentais já analisados, a Constituição da República, em seu art. 227, traz outros tantos tendentes a assegurar direitos específicos inerentes à criança e adolescente, que justamente em razão de serem pessoas que se encontram em processo de formação, merecem especial proteção do Estado. Os referidos Direitos Fundamentais, além de previstos constitucionalmente, são detalhados em lei própria, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁴³. A propósito, convém repisar que dispõe o art. 227, da CR/88 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”²⁴⁴. A disposição constitucional em questão deixa patente o princípio da prioridade absoluta, que nada mais é do que considerar o direito da criança e do adolescente como a prioridade das prioridades das áreas sociais, isto significa dizer, exemplificando, que se houver uma rua para ser asfaltada e uma escola para ser construída, dever-se-á priorizar a educação em detrimento daquela benfeitoria utilidade pública.

Impende observar – até como forma de regulamentar um pressuposto legal de atendimento do Direito Fundamental inerente à criança e ao adolescente - que o Poder Legislativo, não satisfeito com o preceito constitucional em comento, fez questão de ressaltar, em norma infraconstitucional, como já enfatizamos, o que consistia o princípio da prioridade absoluta, estabelecendo que tal garantia compreenderia, entre outras, a preferência na formulação e na execução

²⁴³ Art. 7º e seguintes, do ECA.

²⁴⁴ Art. 227, da CR/88.

das Políticas Sociais Públicas bem como a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude²⁴⁵.

É sabido que o cumprimento da Lei é obrigação de todos, especialmente dos entes públicos, a exemplo do poder Executivo, a quem ficou incumbida tarefa de gerir as receitas públicas atendendo aos reclames da sociedade. Portanto, quando um governante é democraticamente eleito, não recebe ele um mandato para fazer o que “bem quiser” sob a justificativa de estar acobertado pelo poder discricionário, mas tem o dever funcional de cumprir a Lei, a qual exige de todo ato administrativo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sob pena de responsabilidade do agente público^{246/247}.

Observa-se que é obrigação do Poder Público fornecer à população os mecanismos mínimos de acesso e promoção da dignidade da pessoa humana; essa diretriz advém do sistema Democrático estabelecido no Estado brasileiro, que, como já ressaltado, é uma forma de governo que disciplina a gestão do poder, o qual emana do povo e em seu nome deverá ser exercido²⁴⁸.

A Democracia, portanto, é a forma de se exercer o poder por parte dos governantes, que recebem um mandato popular para gerir a coisa pública em favor do povo, com a incumbência de distribuir os recursos públicos arrecadados de forma a assegurar à população melhores condições de vida, com um mínimo de dignidade. Logo, o Ministério Público, imbuído da missão constitucional da defesa da ordem democrática não pode ficar afastado do zelo pela boa gestão da coisa pública destinada a atender os anseios sociais consagrados na CR/88.

²⁴⁵ Art. 4º, do ECA.

²⁴⁶ A ótica contemporânea do poder discricionário distingue-o claramente do arbítrio no exercício do poder. Para Celso Antônio Bandeira de MELLO: o “poder” discricionário *jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto*, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa no que não seja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 13.

²⁴⁷ Arts. 1º, 2º e 3º, da Lei 8.429/92.

²⁴⁸ Art. 1º, Parágrafo Único, da CR/88.

A administração pública não deve ser efetivada atendendo exclusivamente a conveniência e oportunidade do gestor público, mas sim de modo a satisfazer aos interesses da população, prova maior disso é que a Constituição da República afirmou que o poder poderá ser exercido diretamente pela população, através da descentralização administrativa, a exemplo dos inúmeros Conselhos criados por Lei para que o povo delibere acerca da satisfação de suas próprias necessidades, com autonomia para fazer constar nas Leis Orçamentárias instrumentos de inclusão nas mais variadas áreas de carências sociais, a exemplo da saúde, educação, ou mesmo direito da criança e adolescente²⁴⁹. Neste particular, observa-se que, além dos Conselhos Municipais da Criança e do Adolescente (CMDCA) existem Conselho Federal da Criança e do Adolescente (CONANDA) e o Conselho Estadual da Criança e do Adolescente (CEDCA).

Os Conselhos, ao contrário do que o nome indica, não é órgão de “aconselhamento”, mas mecanismos com atribuições deliberativas e fiscalizatórias, nos estritos termos do artigo 88, da Lei 8069/90, salientando-se que deliberar é discutir e decidir, sendo que fiscalizar é controlar o poder público não só sobre as suas deliberações, mas também sobre todos os assuntos afetos às pastas de suas competências, sempre buscando a participação popular nas decisões, de forma a assegurar a democracia participativa²⁵⁰.

Nesse contexto, ante o reiterado descumprimento da Lei, nasce a necessidade do controle entre si dos Poderes Constituídos, havendo o funcionamento do sistema de freios e contra-pesos, descrito por MONTESQUIEU²⁵¹,

²⁴⁹ Art. 204 da CR/88, e art. 88, II, do ECA.

²⁵⁰ Os mandamentos Constitucionais do art. 204 da Lei Maior estabelecem dois princípios fundamentais: 1) o princípio da descentralização político-administrativa que atribui: a) à união, fixar normas gerais e coordenar administrativa e politicamente a descentralização; b) aos Estados e Municípios, coordenar e executar programas; 2) o princípio da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas públicas e no controle das ações em todos os níveis In: SÊDA, Edson. *Comentários ao art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 7. ed. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 287.

²⁵¹ Os três poderes só são independentes no sentido de que se organizam e funcionam separadamente, mas se entrosam e se subordinam mutuamente na finalidade essencial de compor os atos de manifestação da soberania nacional, mediante um sistema de freios e contrapesos, na expressão dos constitucionalistas norte-americanos, realizando o ideal de contenção do poder pelo poder, conforme tratado no item 1.4 do trabalho.

já tratado anteriormente. Isto significa que quando houver por parte do Poder Executivo, desrespeito com a lei elaborada pelo Poder Legislativo, existe a necessidade premente da intervenção do Poder Judiciário, para que se consiga restabelecer a divisão equânime de cada um dos entes da Federação, de forma a sufragar a independência e harmonia que jamais deve deixar de existir, verificando-se assim a importância da atuação do Ministério Público na provocação do Poder Judiciário.

Evidencia-se, portanto, como já abordado em capítulo anterior, que cabe ao Poder Judiciário, quando acionado - especialmente pelo Ministério Público, maior defensor dos direitos sociais, ou por qualquer outro legitimado - fazer cumprir a lei, exigindo que o Poder Público respeite às diretrizes fixadas pela CR/88, que tem como um de seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana, que

vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certo de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou ao menos assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito²⁵².

A respeito da sugerida necessidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo - órgão encarregado da execução das leis e de Políticas Públicas nelas inseridas, corrigindo-o no orçamento e na aplicação de recursos públicos em áreas diversas daquelas em que a legislação previu atenção especial e investimentos privilegiados como quando o objeto é a efetivação dos Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente - há o questionamento se tal intervenção judicial não estaria violando a independência e harmonia dos órgãos em questão. A resposta é negativa, pois quem na verdade está ultrapassando os limites estabelecidos por Poder diverso é aquele que, por exemplo, recebe uma deliberação do Poder Legislativo em forma de lei e não a cumpre, sob o falho argumento da conveniência e oportunidade do ato administrativo, desvirtuando o princípio da Discricionariedade Administrativa, que pode ser aclarado por Celso Antônio Bandeira de MELLO:

uma distinção clara entre função e a faculdade ou o direito de alguém exercita em seu prol. Na função, o sujeito exercita um poder, porém o faz

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 27.

em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever. Então pode-se perceber que o eixo metodológico do direito público não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever. Conscientizando-se dessas premissas, constata-se que deste caráter funcional da atividade administrativa, desta necessária submissão da administração à lei, o chamado poder discricionário, tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal, ou seja, sempre e sempre o bem público, o interesse comum²⁵³.

Justamente em razão do entendimento equivocado acerca do princípio da discricionariedade administrativa é que a sociedade brasileira assiste desolada desmandos de toda a ordem nas três esferas do Executivo, bem como omissões do Parlamento, deixando desassistida a maior parte da população em seus mais elementares direitos de sobrevivência como a saúde, educação, segurança, enfim, todos os mecanismos que deveriam ser disponibilizados pelo Estado para proporcionar uma maior igualdade de oportunidade de acesso àqueles que não foram agraciados pela natureza de terem nascido em um “berço” diferenciado. Ao comentar igualdade de oportunidades, BOBBIO faz a seguinte crítica:

é suficiente o livre acesso a escolas iguais? Mas que escolas, de que nível, até que ano de idade? Já que se chega à escola a partir da vida familiar, não será preciso equalizar também as condições da família nas quais cada um vive desde o seu nascimento? Onde paramos? Mas não é supérfluo, ao contrário, chamar a atenção para o fato de que, precisamente a fim de colocar indivíduos iguais por nascimento nas mesmas condições de partida, pode ser necessário favorecer os mais pobres e desfavorecer os mais ricos, isto é, introduzir artificialmente, ou imperativamente, discriminações de que outro modo não existiriam (...) uma desigualdade torna-se um instrumento de igualdade pelo simples motivo de que corrige uma desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da equiparação das duas desigualdades.²⁵⁴

Neste sentido, a igualdade, é apenas um dos valores Constitucionais objetivados por nosso Estado Social e Democrático de Direito tendentes a construir uma sociedade mais livre, justa e solidária²⁵⁵. O que se busca não é a “mágica” promoção da igualdade material – inclusive com a atuação do Ministério Público -, mas tão-somente mecanismos de acesso, ou seja, instrumentos que propiciem à população em geral direitos mínimos para alcançarem melhores condições de vida, que se mostram impossíveis sem o atendimento dos direitos sociais básicos

²⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 13.

²⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.p. 32.

²⁵⁵ Art. 3º, da CR/88.

previstos constitucionalmente, os quais possuem uma indissociável relação com o valor supremo e inato do ser humano, que é a dignidade.

A dignidade da pessoa humana, a seu tempo, é um dos fundamentos de República brasileira²⁵⁶, valor que nasce com as pessoas, ou melhor dizendo, antecede até mesmo o seu nascimento, precedendo inclusive à organização do Estado e a legislação a ele pertinente, ou seja, a simples condição humana exige que se assegure um mínimo de justiça social, para que as pessoas tenham a possibilidade de crescerem com liberdade.

A liberdade, por sua vez, considerado como o maior valor individual de um Estado Democrático, é o direito de fazer e possuir livremente o que se bem entende, respeitando evidentemente o direito das demais pessoas que convivem em sociedade. O direito em questão diz respeito inclusive à liberdade de pensar sem que se seja doutrinado ou limitado por preceitos religiosos, políticos ou de qualquer outra qualquer potência que ocasione limitação intelectual, ou faça repetir práticas e costumes nocivos ao aprimoramento da sociedade e ao agigantamento e valorização do direito do homem. A esse propósito, escreve MILL:

quem faz algo porque seja o costume não escolhe. Não ganha prática quer de discernir quer de desejar o melhor. Os poderes mentais e morais, como os músculos, só se aperfeiçoam com o uso. A natureza humana não é uma máquina a ser construída segundo modelo, e destinada a realizar exatamente a tarefa a ela prescrita, e sim uma árvore que necessita crescer e desenvolver-se de todos os lados.²⁵⁷

Os valores sociais descritos acima são verdadeiros sustentáculos da Constituição da República, garantindo condições mínimas de sobrevivência em sociedade, os quais cabem ao Estado assegurar, como já afirmado, através de Políticas Públicas que busquem proporcionar a maior igualdade possível entre as pessoas – mormente a crianças e adolescentes – que, segundo o princípio da prioridade absoluta previsto no art. 227 da Constituição da República devem receber cuidado e atenção especial. A necessidade de se dispensar atenção desigual e prioritária a esta classe de pessoas existe justamente em razão da busca de equiparar os desiguais, seja em razão da idade, ou mesmo da condição social

²⁵⁶ Art. 1º, da CR/88.

²⁵⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991 (Clássicos do pensamento político), p. 16.

desfavorável, que impossibilita uma disputa no mercado de trabalho futuro com igualdade de oportunidades.

Sobre as Políticas Públicas afetas ao Direito da Criança e do Adolescente, como já demonstrado, houve a necessidade de priorização desta importante área do direito, pois o desenvolvimento adequado destas pessoas em processo de formação passa pelo recebimento de um atendimento diferenciado, com a alocação de recursos e programas de forma a fazer cumprir as determinações previstas também no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵⁸, havendo a possibilidade do Ministério Público agir neste sentido.

Nesta senda, impende observar ainda outro princípio norteador da política dos direitos da criança e do adolescente instituído no art. 1º do Estatuto em comento, consistente na “proteção integral”.

Antes, porém, ressalta-se que a legislação anterior²⁵⁹ tratava essa clientela de pessoas em formação, como indivíduos irregulares perante a sociedade, ou seja, considerava-as como seres que se encontravam dissociados dos padrões tradicionais por vontade próprias, sendo tachadas pela legislação já citada como vagabundos, vadios e mendigos, como se não estivesse patente que o fato de estarem perambulando pelas ruas, fora de escola, ou mesmo praticando pequenos delitos, tivessem como pano de fundo o fato de sofrerem inúmeras violações em seus direitos, seja por constantes agressões físicas e sexuais de seus genitores, ou mesmo em razão das negligências de toda ordem provocadas por seus responsáveis ou mesmo pelo governo, que não lhes oferece creches, escolas, saúde, saneamento, tratamento aos pais alcoólatras etc, conforme prevê o art. 98, cumulado com o disposto nos arts. 101 e 129, todos do ECA.

Lamentavelmente, partia-se do entendimento que as crianças e adolescentes que se encontravam em condição de vulnerabilidade social, assim permaneciam por iniciativa própria, como se tivessem estrutura psicológica e motivacional de mudarem suas tristes sinas a que eram submetidos e condenados. É justamente aí que nasceu o princípio da proteção integral, ou seja, chegou-se a

²⁵⁸ São exemplos: Art. 90, 101, 129, do ECA.

²⁵⁹ Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979, que instituía o chamado “Código de Menores”.

conclusão de que o que estas pessoas em processo de desenvolvimento físico e intelectual precisavam era de proteção do estado, e proteção com prioridade.

Acreditava-se que com o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma legislação de vanguarda, poder-se-ia mudar a recorrente realidade de abandono e descaso com as crianças e adolescentes. Ledo engano, pois, embora existente a previsão Constitucional dos direitos sociais das crianças e adolescentes, e de que tais direitos deveriam ser atendidos de forma prioritária, bem como pela prescrição de norma infraconstitucional, estabelecendo que a prioridade consistiria, entre outras, a garantias programas públicos e recursos financeiros tendentes possibilitar o pleno desenvolvimento social destes seres humanos especiais, verifica-se que a condição social da criança e do adolescente atual não está muito diferente daquela verificada alhures, pois o Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal por vezes não cumpre a lei, ou seja, não implementa as Políticas Públicas necessárias ao pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, como não o está fazendo no que pertine a aplicação de recursos e Políticas Públicas de forma prioritária.

Urge, portanto, a necessidade premente da intervenção do Poder Judiciário, devidamente provocado pelo Ministério Público, não só como forma de criar mecanismos mínimos de dignidade e respeito aos infantes, mas também – e principalmente – obrigar o poder Executivo a respeitar o Poder Legislativo, especialmente a legislação dele originaria.

Ressalta-se ainda, que nos dias atuais, como já enfatizado em capítulo próprio, duas teorias vêm abordando a matéria e criando entendimentos variados acerca da obrigatoriedade da satisfação das necessidades sociais por parte do Estado, seja de forma administrativa ou mesmo judicial; trata-se das teorias do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, aquela tendente a assegurar à população mecanismos mínimos de sobrevivência e dignidade, esta atendendo à necessidade mas não descurando da capacidade financeira do Estado na sua satisfação.

Os Tribunais pátrios, especialmente a Corte Suprema, apesar de iniciais resistências acerca da necessidade de atendimento às questões sociais de forma premente, atualmente entende que tais interesses devem ser atendidos

apenas nos casos de absoluta necessidade, desde que isso não importe em falência do sistema, contemplando ambas as teorias, da reserva do possível e do mínimo existencial, de forma mitigada²⁶⁰.

Não obstante tal entendimento, segundo a doutrina de CADERMATORI, a Teoria do Garantismo contesta frontalmente referidos entendimentos, pois parte da premissa de que:

em nível epistemológico, essa teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir [...] tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem seguidas pelo Estado de Direito, quais sejam, a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.²⁶¹

É neste diapasão que se verificam as teorias essenciais ao entendimento da matéria, que já foram abordadas em capítulo anterior, quais sejam, a teoria substancialista, que chega a se confundir com o garantismo, e a teoria procedimentalista, que privilegia a forma. Apesar de antagônicas, ambas são convergentes ao afirmarem que o Judiciário exerce papel preponderante na democracia atual, no entanto enquanto uma defende uma intervenção irrestrita deste Poder na defesa dos Direitos Fundamentais do cidadão, a outra lhe atribui apenas a legalidade das formas preestabelecidas pela legislação.

Assim sendo, para que o Ministério Público cumpra sua função Constitucional, como instituição destinada à defesa dos Direitos Fundamentais, é necessário que seus membros possuam uma pré-compreensão substancialista/garantista da Constituição e da Lei para que estes Direitos, especialmente os relacionados à criança e ao adolescente, sejam efetivados. É a partir da adoção desta postura que a instituição não se quedará à inércia característica do Poder Judiciário e contribuirá para o desenvolvimento da sociedade e realização dos preceitos estabelecidos na Constituição da República de 1988.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação: DJ de 04/05/2004.

²⁶¹ CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. p. 92-93.

3.3 A efetivação dos Direitos Fundamentais no Direito da Criança e do Adolescente

Conforme já descrito, os riscos sociais enfrentados por muitas famílias e seus descendentes são vários, desde o acesso às escolas, passando pelos abusos físicos, sexuais e psicológicos, praticados até mesmo por seus próprios ascendentes - abusos que podem se traduzir também em diversas omissões, a exemplo da não matrícula em estabelecimento educacional, ausência de cuidados com higiene e saúde, até a situação extremada de estímulo à mendicância dos infantes – em muitos casos, indo até o abandono nas ruas ou instituições públicas.

Estas situações colidem com os Direitos Fundamentais das crianças e adolescentes consagrados na CR/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente que para serem protegidos e efetivados demandam, além da intervenção do Poder Judiciário²⁶² - através da existência de um processo - procedimentos extrajudiciais de competência não só do Ministério Público, mas de outras entidades, a exemplo do o Conselho Tutelar²⁶³ e o Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente²⁶⁴, conforme se verá a seguir.

Assim, independente da origem da omissão ou do abuso, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que quando quaisquer dessas situações se verificarem as medidas de proteção previstas em lei devem ser aplicadas²⁶⁵. Importante enfatizar que a Lei Menorista é considerada uma das mais avançadas do mundo, e quando ela afirma a existência de medidas de proteção a serem aplicadas, apresenta um rol de possibilidades tendentes a auxiliar a família na resolução de seus problemas, auxílio que tanto poderá ajudar no encaminhamento da criança e

²⁶² EMENTA: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA REFLEXA. POLÍTICAS PÚBLICAS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.(...) II - Admite-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (STF. AI 664053 AgR/RO. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. J. em 03/03/2009. 1ª Turma. DJU 27/03/2009)

²⁶³ Previsto no Título V do ECA.

²⁶⁴ Previsto no art. 88, II do ECA.

²⁶⁵ Art. 98, do ECA.

adolescente vitimizada aos serviços de assistência e proteção do Estado, como no auxílio aos próprios pais que por diversas causas não estão atendendo a contento os interesse de seus filhos²⁶⁶.

Frisa-se, desde logo, que além do Ministério Público, outro grande instrumento de defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes é o Conselho Tutelar, que possui, nos termos do art. 131, do Estatuto da Criança e do Adolescente, autonomia administrativa para atendê-las e lhes aplicar as medidas protetivas previstas no art. 101 do ECA, podendo, ao se deparar com uma situação de risco, entre outras medidas, tanto recolher e entregar o infante em risco aos pais mediante termo de compromisso, como também proceder ao abrigamento em entidade pública, colocando a criança livre do risco causado por abusos ou omissões das mais variadas origens, seja dos genitores, do Estado, ou em razão da própria conduta. Além disso, compete ao Conselho Tutelar aplicar também aos genitores, quando estiverem abusando do direito de educação, as medidas necessárias ao restabelecimento da família; ou mesmo requisitar serviços públicos para a efetivação dos direitos nas áreas da saúde, educação, etc, representando à autoridade judiciária em caso de não observância de suas deliberações²⁶⁷.

Para tanto, ressalta-se que cabe ao Poder Público, conforme alhures salientado, canalizar recursos de forma prioritária à área de proteção da criança e do adolescente, devendo o Ministério Público, provocar o Poder Judiciário para que sejam incluídas no orçamento deliberações importantes do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente, sobre a criação de uma determinada Política Pública, por exemplo. Acerca do tema, cita-se o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido. (STJ. REsp 493811, Rel. Min. Eliana Calmon. J. em 11/11/03, DJ de 15/03/04) .

²⁶⁶ Vide art. 101 e 129, do ECA.

²⁶⁷ Vide art. 136, do ECA.

Destaca-se que as Políticas Públicas a que se reporta não se limitam apenas às aquelas tradicionais áreas de atendimento²⁶⁸, mas também outros mecanismos de inclusão social tendentes a rechaçar as mazelas e a colocar as crianças e adolescentes fora do risco verificado²⁶⁹. Assim, incumbe ao Estado criar novos instrumentos de apoio para que o Conselho Tutelar que, ao identificar uma criança abandonada ou abusada física psicológica e sexualmente, por exemplo, possa abrigá-la em um local seguro, para que seja protegida e, conforme a gravidade do caso, até colocá-la em família substituta²⁷⁰, destituindo-se os genitores do poder familiar através de ação ajuizada pelo Ministério Público²⁷¹. Ilustra-se esta situação com o entendimento do Tribunal de Justiça catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DO GENITOR PARA FICAR COM OS FILHOS SOB SUA RESPONSABILIDADE. ACOMPANHAMENTO DA FAMÍLIA PELO CONSELHO TUTELAR POR QUASE DOIS ANOS. ORIENTAÇÕES DE CUIDADOS NECESSÁRIOS COM AS CRIANÇAS NÃO OBSERVADAS. ABANDONO MATERIAL E EMOCIONAL EVIDENCIADOS. EXPOSIÇÃO DOS INFANTES A SITUAÇÃO DE RISCO. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DAS CRIANÇAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Ante a demonstração do descaso e abandono afetivo e material por parte dos pais biológicos em relação à filha, impõe-se a destituição do poder familiar, a teor das normas insculpidas nos arts. 1.638 do Código Civil e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (...).

(TJ/SC, Apelação Cível nº. 2008.023928-9, de São Joaquim. Rel. Des. Vitor Ferreira. J. 15/07/2009)

De igual modo, verifica-se que é dever do Estado criar Entidades de Atendimento²⁷² devidamente estruturadas, as quais não se limitam apenas a abrigar crianças e adolescentes em risco social, mas também orientar a família desestruturada, a acompanhar o adolescente infrator que cumpre medida em meio aberto, bem como ressocializar o adolescente internado em razão do cometimento de delitos graves, entendendo-se como tal os atos infracionais praticados com

²⁶⁸ Art. 87, I, do ECA.

²⁶⁹ Art. 90, do ECA.

²⁷⁰ Art. 28 e seguintes do ECA.

²⁷¹ Art. 201, III, e Art. 155, do ECA.

²⁷² Art. 90, do ECA.

violência ou ameaça à pessoa²⁷³. Neste sentido, cita-se o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: Ação Civil Pública. Adolescente Infrator. Art. 227, I *caput*, da Constituição Federal. [...] Obrigação do Estado-Membro instalar (fazer obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes a vida e a vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem a o administrador que se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. [...] (Apelação Cível Nº 596017897, Sétima Câmara Cível, TJ/RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 12/03/1997)

E também:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA INÉPCIA PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DESCUMPRIMENTO ORÇAMENTÁRIO. A peça vestibular do processo é muito clara e precisa ao indicar que pleiteia a formação de estrutura suficiente para concretização dos programas regionalizados de atendimento ao menor infrator, privado de liberdade. Apresenta, inclusive, minúcias sobre a postulação. Invoca o ECA, para amparar o pedido. Ademais, a matéria focada na preliminar, se confunde com o mérito. Não há um laivo sequer de afronta ou negação ao poder discricionário da administração pública, mas simples exigência do cumprimento da lei. Discricionariedade administrativa jamais poderá ser confundida com arbitrariedade e até irresponsabilidade. Para ela existe o controle das leis. O poder judiciário, no estrito cumprimento de sua função, estabelecida pela lei estadual acima mencionada, tomou todas as medidas cabíveis e colocou em pleno funcionamento aqueles juizados regionais. A administração pública estadual, de sua parte, não proporcionou as condições necessárias e imprescindíveis, para viabilizar que as decisões desses juizados pudessem ser cumpridas adequadamente. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ/RS. AC 595133596 RS. Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade. J. em 18.03.1999).

Assim, quando forem identificados abusos ou omissões por parte da família ou do Estado que implicarem em risco à criança e ao adolescente ou à família, medidas de proteção devem ser aplicadas pelo próprio Conselho Tutelar, culminado, como medida extrema, no abrigo do vulnerável para tratar a família. Quando, por sua vez, o adolescente for identificado como autor de ato infracional²⁷⁴, poderá ele cumprir medida sócio-educativa²⁷⁵, que implicará, conforme

²⁷³ Art. 122, do ECA.

²⁷⁴ Segundo o Art. 103, do ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

²⁷⁵ Art. 112, do ECA.

a gravidade, no seu internamento, que nada mais é do que o cerceamento da liberdade em razão da prática de delitos violentos, graves reiterados, ou mesmo descumprimento também reiterado de outras medidas sócio-educativas. Com se observa nos julgados relacionados, a intervenção judicial tangente à proteção da criança e do adolescente não interfere no princípio da separação dos Poderes do Estado, mas corresponde à uma adequação das medidas tomadas pela Administração aos ditames constitucionais de tutela dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, que não precisa de repressão do Estado, mas de proteção.

Ou seja, quando há a necessidade da limitação da liberdade do adolescente que comete um ato infracional e, havendo omissão, por parte do Estado, em criar ou manter as Entidades de Atendimento à criança e ao adolescente previstas no art. 90 do ECA - em razão da inversão ou desvirtuamento da interpretação do princípio da prioridade absoluta e da proteção integral em favor do exercício arbitrário da discricionariedade administrativa - deve o representante do Ministério Público ajuizar Ação Civil Pública para ver o preceito protetor da criança e do adolescente, devidamente cumprido, com vistas a dar efetividade ao comando geral que é assegurado por um princípio de ordem constitucional, qual seja, o da prioridade absoluta²⁷⁶.

Para melhor esclarecimento do tema, é importante registrar que há diferença entre criança e adolescente em risco e adolescente infrator; ao primeiro aplica-se sempre medidas de proteção, pois se está em vulnerabilidade cabe ao Estado protegê-lo; já ao adolescente infrator, que em razão de sua própria conduta está em desacordo com a lei, cumpre ao Estado reeducá-lo, através da aplicação de medidas sócio-educativas. No primeiro caso o Conselho Tutelar deverá sempre ser acionado – para que instrumentalize a proteção, isso sufragando o princípio da proteção integral já analisado - aplicando-se o mesmo entendimento quando crianças estiverem praticando delitos, pois certamente os genitores os estão negligenciando²⁷⁷. No segundo caso o adolescente autor de ato infracional deverá ser conduzido à Delegacia de Polícia para fazer um procedimento, que deverá ser

²⁷⁶ Art. 227, da CR/88.

²⁷⁷ Art. 105, do ECA.

submetido ao Ministério Público, a fim de que uma medida seja aplicada²⁷⁸. Convém ressaltar que este adolescente também precisa de proteção, motivo pelo qual tais medidas devem ser aplicadas de forma cumulativa com aquelas que eventualmente implicarão no cerceamento de sua liberdade²⁷⁹.

Enfatiza-se, noutra toada, que o Promotor de Justiça que atende a um Procedimento Infracional jamais poderá olhar o adolescente autor de delito sob a mesma ótica de um “maior autor de crime”, sua pré-compreensão do tema não deve estar dissociada do fato de não se estar tratando de pena, mais de medida sócio-educativa tendente a reeducar; é justamente por esse motivo que em os estabelecimentos de detenção de adolescentes são completamente diferentes daqueles destinados a maiores criminosos; estes, diga-se de passagem, que além da retribuição, também deveriam se destinar à ressocialização, são relegados a meros depósitos de presos, sem as mínimas condições de dignidade e respeito.

Devido à importância do tema, abre-se um parêntese para ressaltar um forte movimento no Brasil tendente a diminuir a idade penal, sugerindo a colocação das pessoas cada vez mais cedo atrás das grades. Em verdade, se está diante de iniciativas que não se adequam à realidade do sistema prisional, pois, é sabido que, de acordo com a realidade brasileira, além de o número de vagas naqueles estabelecimentos estar completamente superada, se existe alguma possibilidade de recuperação é quando se inicia no delito, sendo que o encarceramento cada vez mais precoce terá um efeito retardado no combate a violência, além de submeter pessoas cada vez mais jovens à situações de indignidade humana, apenas em razão de a mídia transmitir a falsa ideia de que poucos crimes bárbaros envolvendo adolescentes são cometidos em razão da impunidade, como se no sistema sócio-educativo adotado pelo Estatuto da Criança e Adolescente não houvesse punição ou cerceamento da liberdade, o que é uma falácia.

Este fato pode ser interpretado como uma alternativa “aparentemente mais econômica” do Poder Público para esvair sua responsabilidade de fomentar Políticas Públicas efetivas que resultem no atendimento dos Direitos

²⁷⁸ Art. 175, do ECA.

²⁷⁹ Art. 112, VII, do ECA.

Fundamentais da criança e do adolescente, cuja consequência (natural) seria a redução da violência. Cita-se o que o exemplo das Políticas Públicas tangentes à promover a educação desde os primeiros anos de vida:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA 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 A EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – RECURSO IMPROVIDO.

– [...] 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.

– [...] 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. 410.715-5.Agr/SP Rel. Ministro Celso de Mello. J em 22/11/2005. 2ª Turma. DJU 03/02/2006)

Acerca do julgado citado, a respeito da universalidade do atendimento, é importante destacar que fica quase impossível ao Poder Público exclusivamente oferecer “creche” à todos os filhos dos brasileiros, pois esta Política Pública não deve servir de apoio ao comodismo de determinados genitores, deve atender (gratuitamente) pessoas em situação de risco, necessitando o estabelecimento de critérios de razoabilidade e proporcionalidade no deferimento das vagas, pois se possui uma demanda superior à oferta, critérios objetivos devem ser avaliados por ocasião da concessão do benefício. Isto porque, tal Política Pública pode, em um raciocínio mais longo, atrapalhar o desenvolvimento daquelas destinadas ao efetivo planejamento familiar e de acesso ao trabalho.

Assim sendo, observa-se que não há a necessidade de meras “inovações legislativas”, como a relacionada a redução da maioria penal para amenizar os efeitos de um Poder Público ausente, mas a necessidade de uma hermenêutica do sistema jurídico (garantista/substancialista) que atenda os ditames

constitucionais de tutela aos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, tratando-os como sujeitos de direito.

Cita-se o exemplo da efetivação do princípio da prioridade absoluta através de um procedimento judicial e administrativo de titularidade do Ministério Público em face do Poder Executivo, como o ocorrido na ACP 038.03.008229-0, de Joinville/SC, onde o Ministério Público acionou o Município de Joinville pleiteando a inversão de prioridades com a diante da existência da desapropriação de área particular (no valor de 1,75 milhões de reais) para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O Juiz Alexandre Moraes da Rosa condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário mínimo por vaga não preenchida, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A liminar foi cassada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (AI 2003.010276-0), mas antes da sentença, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos.

As deficiências identificadas na elaboração e correta destinação de recursos às Políticas Públicas, contribuem para expor a criança e o adolescente às situações de extrema fragilidade e, portanto, risco social. Utiliza-se uma hipérbole para ilustrar a infeliz realidade: a criança em risco social nasce de uma mãe que se prostitui ou usa drogas e que sequer conhece o pai; ou, quando conhece, ele está preso, a abandona ou é traficante. Portanto, a criança que sabidamente não nasce má, já é predestinada a um meio social – o primeiro que é a família - que não contribui para o seu desenvolvimento. Nesse contexto, vê-se que o Estado, que tem obrigação de intervir com Políticas Públicas, tratando a mãe, recuperando o pai e fornecendo instrumentos mínimos para o crescimento do infante com dignidade, oferecendo creches e escolas com qualidade e em tempo integral, acaba por se quedar à inércia e nada faz para mudar a realidade.

A criança citada no exemplo cresce sem qualquer referência positiva, apresenta desvio de conduta na escola, que também não possui a estrutura necessária para tratar o problema, circunstância que resulta em evasão escolar; a

rua, que é atrativa, por também não contar com um programa sério de recuperação - e poderia contar com programa próprio - torna-se um ambiente propício ao desvirtuamento, e o encaminhamento para o mundo do crime. Assim, o Estado – que em razão de constantes omissões - tudo tirou, inclusive a dignidade, apresenta como forma de resolver o problema, retirar-lhe também a liberdade, cada vez mais precocemente. Situação que se demonstra completamente lamentável diante da previsão de medidas, na CR/88 e no ECA, para a tutela destas crianças tangentes à efetivação de seus Direitos Fundamentais.

Diante de todo esse quadro, resta evidente que, juntamente com a atuação das demais entidades estabelecidas pela Lei e pela Constituição, o papel do Ministério Público nos dias atuais é de extrema importância, pois foi a ele que a sociedade, através de seus representantes eleitos, delegou não o poder, mas o dever de lutar por melhores condições de vida, especialmente àqueles que se encontram em processo de desenvolvimento e formação.

A Constituição da República de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente oferecem ao representante do Ministério Público o amplo leque de atribuições para a tutela dos Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, não havendo a limitação da atuação do Ministério Público em Juízo para fomentar que o Poder Judiciário intervenha junto aos demais Poderes do Estado para que as Políticas Públicas destinadas à criança e ao adolescente sejam efetivadas.

Atualmente, não mais se justifica um “Promotor de Justiça de gabinete”, que atua apenas quando é acionado pela população como “última trincheira” para ver as necessidades de seus filhos satisfeitas, como se o princípio da inércia inerente ao Juiz também lhe fosse cabível. Compete a ele acompanhar a formação dos Conselhos, da Saúde, da Assistência Social, da Educação, e evidentemente da Criança e do Adolescente, pois sua forte atuação junto aos Conselhos comunitários não só os fortalece como também lhes dá maior respaldo sobre suas deliberações, exigindo a efetivação dos Direitos Fundamentais e maneira mais célere e harmônica, inclusive por ocasião da formulação do orçamento público.

Na seara da criança e do adolescente cabe ao representante do Ministério Público exigir o cumprimento das disposições constantes no Estatuto da

Criança e do Adolescente²⁸⁰, sem jamais esquecer ser ele o fiscal do cumprimento da Lei, conforme determina o art. 127, da CR/88. Cabe-lhe exigir, por exemplo, que o Conselho Tutelar cumpra as determinações do art. 136, do ECA, isto implica em afirmar que quando existir criança exposta na rua – e isso evidentemente ocorre em razão de omissão do Estado ou dos pais²⁸¹ - os órgãos fiscalizadores, em especial o Ministério Público pode cobrar tanto do Conselho Tutelar uma atuação mais eficiente, - como do próprio Poder Executivo a criação de Políticas Públicas - que não está atuando como deveria, cabendo a sociedade exigir uma postura diversa, contatando diretamente com o Promotor de Justiça e o cientificando da irregularidade e, em caso de desídia também por este órgão público, cientificar a Corregedoria ou a Auditoria para que o destino desses infantes seja alterado, pois é inadmissível que as omissões do Poder Público implique em maiores prejuízos aos incapazes.

Verifica-se, portanto, conforme exposto nos capítulos anteriores, que além dos Poderes Legislativo e Executivo que possuem competência para a elaboração e execução das Políticas Públicas, as demais entidades de competência firmada pela Lei e pela Constituição, como o Ministério Público, o Conselho Tutelar e dos Direitos da Criança e do Adolescente, não devem se eximir de suas responsabilidades e, através dos seus procedimentos buscar promover a tutela e a efetividade dos Direitos Fundamentais relacionados à criança e ao adolescente, exigindo do Poder Judiciário uma decisão que evite o perecimento de uma criança, que no futuro formará uma nova família, que terá implicações positivas ou negativas na sociedade. Neste particular exemplificamos a problemática social como uma “bola de neve”, ou seja, uma criança que se desenvolve de uma forma equivocada formará uma família também sem valores, que implicará em novos – e diversos - filhos e na multiplicação do problema não tratado; mais era só uma criança!

Esse é o papel da hermenêutica substancialista da matéria, que não está adstrita simplesmente às decisões judiciais, mas permeia todo o ordenamento jurídico comprometendo as instituições envolvidas na promoção da efetividade de

²⁸⁰ Vide atribuições no art. 200, e seguintes do ECA.

²⁸¹ Art. 136 – São atribuições do Conselho Tutelar: atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 (omissão do estado e pais) e 105 (ato infracional praticado por criança), aplicando-lhes as medidas previstas nos arts. 101, I a VII, do ECA

direitos, falecendo, conseqüentemente o caráter subsuntivo e meramente formalista da hermenêutica dos Direitos Fundamentais, que estimula as instituições a uma atuação superficial e descompromissada.

De igual modo, seguindo-se este mesmo norte hermenêutico, quando houver obstrução para a concretização das referidas Políticas Públicas, pelo exercício da discricionariedade do Administrador Público, destoada da Lei e da Constituição, deve o Ministério Público utilizar-se dos instrumentos previstos em Lei e na CR/88 para exigí-los, seja em razão fazerem parte do rol de Direitos Fundamentais²⁸², seja em razão do princípio da prioridade absoluta na destinação de recursos públicos para essa finalidade²⁸³.

²⁸² Art. 227, da CR/88 e art. 7^a, do ECA.

²⁸³ Art. 4^o, do ECA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o deslinde da pesquisa, notou-se que as Políticas Públicas são instrumentos pelos quais se devem efetivar os Direitos Fundamentais, bem como um mecanismo em que o Estado cumpre o seu papel de proporcionar condições mínimas que visem garantir dignidade e respeito ao ser humano. Observou-se a necessidade de as instituições legal e constitucionalmente competentes fomentarem uma melhor análise e aplicação das regras e princípios inerentes à problemática e, com a adoção de uma postura substancialista, assegura-se à população serviços públicos que lhes garantam melhores condições de vida.

Neste sentido, a adoção de uma postura substancialista/garantista por parte do Poder Judiciário quando intervém nas Políticas Públicas, especialmente as tangentes à efetivação dos direitos da criança e do adolescente, não abalroa o princípio da separação dos Poderes, pois a hermenêutica constitucional balizada, não só pela valorização do conteúdo da norma, mas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não permitem que se desequilibre o necessário sistema de freios e contrapesos, que evita o abuso de poder por parte do Estado.

No que tange ao fomento das Políticas Públicas, o orçamento deve obedecer a todos os requisitos estabelecidos pela Lei e pela Constituição e quando sopesada a aplicação dos princípios da “reserva do possível” e do “mínimo existencial” a efetivação dos direitos da criança e do adolescente deve receber atenção irrestrita, e com prioridade absoluta, para que se tenha a proteção integral dessa classe de pessoas em processo de formação. Assim, com a adoção de uma postura substancialista/garantista na aplicação do Direito, as decisões tomadas por órgãos que propiciam a democracia participativa, a exemplo dos Conselhos, cujas deliberações também devem ser incluídas no orçamento público, sendo necessária a competente atuação do representante do Ministério Público e a adequada resposta do Poder Judiciário.

Assim sendo, notou-se a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário em decisões afetas ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, desde que balizada pelos princípios constitucionais para que não ocorram abusos. Desta forma, o Poder Judiciário contribui efetivamente para que o Direito exerça a sua função social.

Percebeu-se, portanto, que a intervenção judicial em Políticas Públicas não encontra resistência na independência dos Poderes constituídos, pois a não intervenção compromete a efetividade dos Direitos Fundamentais, especialmente os relacionados à criança e ao adolescente, que, por seu primário estado de desenvolvimento físico e psicológico não possuem capacidade para zelar por seus direitos com suas próprias forças.

Notou-se que o Poder Judiciário possui competência para intervir em Políticas Públicas sempre que estiver em xeque a efetividade dos Direitos Fundamentais, não se podendo transigir com tais interesses na medida em que o Estado foi criado para prestar serviços de qualidade e atender as necessidades das pessoas, especialmente aquelas que a lei assegura proteção de forma prioritária, sendo que sua omissão poderia acarretar uma maior fragilização das atuais Políticas Públicas.

A intervenção, no entanto, não se deve dar de forma que dificulte o cumprimento da legislação orçamentária, necessitando haver por parte do Judiciário a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao caso concreto, para que as demais Políticas Públicas destinadas a atender necessidades básicas da população não sejam inviabilizadas, assim, o acesso igualitário às Políticas Públicas não deve ser irrestrito e desmedido, devendo prevalecer, no caso concreto, a consideração da vulnerabilidade e/ou o risco social.

Igualmente, a intervenção judicial nas Políticas Públicas relacionadas aos direitos da criança e do adolescente objetiva promover, não só a dignidade dessa classe de pessoas, mas a sua própria vida, que é o bem maior a ser tutelado pelo Estado, pois uma vez que o Judiciário se demonstrar omissor, estará contribuindo para que este bem maior se encontre cada vez mais fragilizado.

No decorrer da pesquisa também se observou que a inércia do Poder Judiciário não pode significar estagnação, não sendo viável tampouco o ativismo judicial extremado; enfatizando-se a existência de diversas outras instituições que a Lei e a Constituição atribuíram o dever de tutelar os direitos da criança e do adolescente, como os Conselhos Tutelares e, especialmente, o Ministério Público. Destaca-se, neste sentido, que não mais se justifica o “promotor de gabinete” que por vezes pode representar a última esperança para que o cidadão veja o reclamo social superado. O Promotor de Justiça contemporâneo deve agir de forma pró-ativa, comprometido com os seus deveres Constitucionais, legais e institucionais de zelo pela efetivação dos Direitos Fundamentais.

Neste norte, também se percebeu a necessária pré-compreensão garantista do sistema jurídico para que o leque de atuação destes importantes órgãos seja ampliado, atendendo aos objetivos para os quais foram criados por um poder democraticamente legítimo, à serviço da população. Frisa-se que esta pré-compreensão garantista deve se desenvolver nos mais diversos ramos de atividade do Poder Público e, principalmente, no exercício do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo.

Acerca da atividade do Poder Executivo, notou-se que não mais se justifica a utilização do poder discricionário de forma aleatória, ou seja, desrespeitando os Direitos Fundamentais bem como suas obrigações sociais, sendo a orientação mais razoável que esta discricionariedade se submeta às prioridades estabelecidas pela Lei e pela Constituição, especialmente as relacionadas aos setores mais carentes da sociedade, com o fito maior de preservação da vida e da dignidade humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXYY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da Infância e da Juventude*. São Paulo: Saraiva, 2005.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. et al. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. 2 v.

_____. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constiti%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. Decreto nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresmini mos/sinteseindicsoais2008/indic_sociais2008.pdf> Acesso em: 10/02/2009.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=8079> Acesso em: 10/02/2009.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>.

BRASIL. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8078.htm>>.

BRASIL. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/l8078.htm>>.

BRASIL. Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10028.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 493811, Rel. Min. ELIANA CALMON. Julgamento: 11/11/03. Publicação: DJ de 15/03/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 753565, Rel. Min. LUIZ FUX. Julgamento: 27/03/2007. Publicação: DJ de 28.05.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1439 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/05/1996. Publicação: DJ de 30/05/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação: DJ de 04/05/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005. Publicação: DJ de 03/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal AI 664053 AgR/RO, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 03/03/2009. Publicação: DJ de 27/03/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. ACP 038.03.008229-0. Juiz Alexandre Morais da Rosa. Publicação: DJ de 20/08/2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. AC 2008.023928-9. Rel. Des. Vitor Ferreira. Julgamento: 15/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 595133596, Rel. Des. José Ataides Siqueira Trindade. Julgamento: 18/03/1999.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº. 596017897 , Rel. Des. Sérgio Gischkow Pereira. Julgamento: 12/03/1997.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema do Direito*. 2. ed. Trad. A. Meneses Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Portugal: Ed. Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos tribunais. São Paulo, Ano 86, V. 737, p. 11-22.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DYE, Thomas R. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. In: HEIDEMANN, FRANCISCO G; SALM, José Francisco (Org). *Políticas Públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. Brasília: Editora UnB, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías - la ley del mas debil*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Direito e Razão. teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; et al. *Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional*. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édis Milaré. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 525-544.

GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2 ed. Trad. Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renaban, 2001.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro*. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Direito e Democracia*. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1989. 2 v (Pensamento humano).

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

HOBBSAWN, Eric. *A era dos Extremos: O Breve Século XX 1914/199*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 1989.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: IBRASA, 1963 (Clássicos da democracia).

LUHMANN, Niklas. *Legitimidade pelo Procedimento*. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo; et al. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas*. In: *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. Coord. Édís Milaré. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 757-798.

MANZZILLI, Hugo Nigro. *O inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999

_____. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MARCELLINO JR, Júlio César. *A jurisdição constitucional e o papel do poder judiciário no Brasil: procedimentalistas versus substancialistas*. In: ROSA, Alexandre Moraes da. (Org) *Para um Direito democrático: diálogos sobre paradoxos*. 1. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 25-57.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*. Colección Cursos 3. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial Del Estado, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991 (Clássicos do pensamento político).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993 (Clássicos).

PASSOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, Millenium Editora, 2008.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os Direitos Fundamentais e a Aplicação Judicial do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UNB / Departamento de Teoria Literária e Literaturas, 1971 (Pensamento político).

ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *O que é garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SÊDA, Edson. *Comentários ao art. 88 do Estatuto da Criança e do Adolescente*. In: *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. Coord. Munir Cury. 7. ed. São Paulo: Malheiros: 2005, p. 285-291.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Direito tributário e financeiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEN, Amartya Kumar; MOTTA, Laura Teixeira. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SÓFOCLES. *Antígona*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América*. 3. ed. Trad. Leônidas Gontijo de Carneiro. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.