

Princípio constitucional da prioridade absoluta e sua densidade normativa: o neoconstitucionalismo e a superação do discurso programático dos direitos fundamentais prestacionais relativos a crianças e adolescentes

Constitutional principle of absolute priority and its normative density: the neoconstitutionalism and overcoming programmatic speech features of the constitutional rights relating to children and adolescents

Vanessa Dosualdo Freitas

Promotora de Justiça em Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Constitucional. Coordenadora Regional das Promotorias de Justiça da Infância, Juventude e Educação do Alto Paranaíba e Noroeste.

E-mail: vanessadosualdo@gmail.com

Resumo: Este trabalho aborda a grande discussão referente à eficácia e à aplicabilidade dos chamados direitos fundamentais prestacionais, que implicam em um dever-fazer por parte do Poder Público. Sobre esse tema, fez-se um recorte, para abordar especificamente a possibilidade de se reconhecer, diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental relativo a crianças e adolescentes e na impositividade trazida pelo art. 227 da Constituição Federal, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado. Essa possibilidade se tornou factível com a profunda mudança de paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos Tribunais pós-Segunda Guerra Mundial (neoconstitucionalismo). As Constituições deixaram de ser vistas como meros programas políticos que deveriam inspirar o legislador para tornarem-se autênticas normas jurídicas, que direcionam o exercício do Poder Executivo e invalidam leis. Nesse contexto, não raro deparamos com decisões judiciais determinando ao Poder Público a implementação de direitos prestacionais a crianças e adolescentes, afastando teses defensivas que alegam caráter programático das normas constitucionais, o princípio da Separação de Poderes ou a falta de recursos orçamentários.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Prioridade Absoluta. Neoconstitucionalismo. Direitos Prestacionais. Judicialização.

Abstract: This work addresses the big discussion regarding the effectiveness and applicability of the so-called fundamental rights features that imply a must-do by the public authorities. On this topic, a cutout was made to address specifically the possibility of recognizing, directly, based on defining constitutional standard of a fundamental right for children and adolescents and in the impositivity brought by art. 227 of the Federal Constitution, an individual entitlement (or collective) to a concrete provision by the State. This possibility became feasible with the profound change of paradigm both in theory and in practice of the post-World War II Courts (neoconstitutionalism). The constitutions are no longer seen as mere political programs which should inspire the lawmaker to become authentic, legal rules that

direct the exercise of the Executive power and invalidate laws. In this context, not rarely, we face judicial decisions determining the public authorities implementing features rights to children and adolescents, isolating defensive theses which claim programmatic character of the constitutional rules, the principle of power separation or the lack of budgetary resources.

Keywords: Child and adolescent. Absolute Priority. Neoconstitucionalism. Features Rights. Judicialization.

1 Introdução

Foi no processo de elaboração da nova Carta Constitucional do País que o movimento em defesa das crianças e adolescentes chegou a seu ápice. A partir da emenda popular denominada “Criança, prioridade nacional”, liderada pelo Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMNR) e Pastoral do Menor, que mobilizou a sociedade brasileira de norte a sul, registrou-se 1,5 milhão de assinaturas na emenda popular que deu origem ao artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

O art. 227 inaugura no país a chamada “Doutrina da Proteção Integral”, em contraposição à Doutrina da Situação Irregular, representada juridicamente no Código de Menores, de 1927.

A mudança de paradigma trazida pela Constituição de 1988 impõe que todo o sistema jurídico brasileiro seja interpretado à luz da nova doutrina, que confere a crianças e adolescentes todos os direitos inerentes a todo ser humano e determina que eles devem ser implementados com absoluta prioridade. Esse princípio expressa um comando que obriga o legislador, o administrador e o julgador e que não pode ser descumprido, sob fundamento nenhum.

A recalcitrância do Estado em não prover os direitos fundamentais prestacionais de crianças e adolescentes, quando deveria fazê-lo com absoluta prioridade, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e é passível de correção judicial.

O Poder Judiciário, dentro da ótica neoconstitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial, vem reconhecendo ao texto constitucional força de autêntica norma jurídica a irradiar efeitos concretos na sociedade e, com isso, produzindo cada vez mais decisões que obrigam a concretização dos direitos fundamentais prestacionais, notadamente relativos às crianças e adolescentes.

2 O catálogo dos direitos fundamentais

Hodiernamente, não existe praticamente Estado soberano que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) de Direitos Humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas constituições.

Mas isso não significa dizer que os problemas relativos à sua proteção e eficácia encontram-se resolvidos. Muito pelo contrário. Conforme assevera Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (2004, p. 23).

Essa conclusão é facilmente constatável, pois, embora jamais tenhamos vivenciado um período de simultânea multiplicação dos tratados e mecanismos destinados à proteção dos direitos fundamentais, vemos crescer exponencialmente o recrudescimento de suas violações. Volta-se, novamente, a lição de Bobbio que “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos” (2004, p. 5).

Nesse contexto, a questão referente à aplicabilidade e eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais do homem assume especial relevância.

Relevante ressaltar, preliminarmente, a distinção terminológica entre “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”. A Constituição Brasileira de 1988 optou pela primeira, denominando o Título II de “Direitos e Garantias Fundamentais”. Embora essas expressões sejam usadas corriqueiramente como sinônimas, há distinção entre os termos. “Direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito interno do Estado, ao passo que a expressão “Direitos humanos” guarda relação com os documentos internacionais, que reconhecem direitos ao ser humano, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.

Desde 1789, com a Declaração universal dos Direitos do Homem, se reconhece que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (art. 16).

De fato, a enunciação e proteção dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Constitucional constitui seu núcleo material, sua essência, constituindo, nesse sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas, sobretudo, elemento nuclear da Constituição material.

Sobre o assunto, oportuna a lição do jurista Ingo Sarlet (2007, p.60), que assevera:

é justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.

Na Constituição Federal de 1988, o catálogo de direitos fundamentais foi positivado logo no começo (art. 5º.), o que, além de trazer maior rigor lógico, na medida em que servirá de parâmetro interpretativo para todo o restante do texto constitucional, revela que se tratam dos valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica.

Os direitos fundamentais não estão limitados aos direitos e garantias previstos no art. 5º. da Constituição Federal. O art. 5º. § 2º ao dispor que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecerem direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

Nesse contexto, não há qualquer dificuldade em se reconhecer o comando esculpido no art. 227, CF, como norma definidora de direitos fundamentais afetos a crianças e adolescentes.

Robert Alexy (2008, p. 196/201) distingue as normas definidoras de direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações (direitos prestacionais).

Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa são aqueles que asseguram ao indivíduo a defesa contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Objetivam, portanto, limitar as ingerências estatais na esfera de autonomia individual, contendo obrigação de abstenção ou mesmo a eliminação de agressões ou abusos estatais. São os chamados direitos de primeira geração que se traduzem nas liberdades de ação, pensamento etc.

Os direitos fundamentais como direitos a prestações são aqueles que implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e fundamental. São, em regra, os direitos de segunda geração ou direitos sociais à saúde, educação, trabalho, moradia, alimentação, transporte etc.

Assim, resumidamente, direitos fundamentais constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito Positivo de determinado Estado. Nossa preocupação, a partir deste momento, cingir-se-á a analisar, sob o aspecto da dogmática jurídica, a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais.

3 Eficácia das normas constitucionais

As normas constitucionais, em geral, podem ser classificadas de diversas maneiras.

Em sua obra “A Aplicabilidade das normas Constitucionais”, José Afonso da Silva (2006) aborda o tema a partir de uma perspectiva jurídico-científica. Três capítulos do livro são dedicados à análise da eficácia das normas constitucionais, categoria essa que foi dividida em basicamente três grupos: normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada. Essa classificação leva em conta a completude ou incompletude das normas constitucionais, ou seja, se elas carecem ou não de outras normas para viabilizar a sua aplicação.

As normas de eficácia limitada dependem de outra norma para que produzam plenamente os efeitos desejados pelo legislador constituinte originário. Elas se subdividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

As normas de princípio institutivo têm caráter organizativo e regulativo de órgãos, entidades e respectivas atribuições e relações. Sua função primordial é de

esquematizar a organização, criação ou instituição dessas entidades ou órgãos como o art. 18, §2º, da CF.

As normas de princípio programático estão vinculadas a ideia de constituição dirigente, definindo fins e programas de ação futura de modo a alterar a realidade social em que ela se insere. As regras jurídicas programáticas são, portanto, aquelas em que o legislador constituinte, em vez de regular direta e imediatamente, determinando interesses, limitou-se a traçar princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos, como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, 2006).

Normas de eficácia plena são aquelas que, ao entrar em vigor da Constituição, apresentam uma aplicabilidade direta e imediata, independentemente de uma legislação ulterior.

O autor inovou ao destacar outro grupo de normas, as chamadas normas de eficácia contida, classificação essa que não havia sido tratada por nenhum outro constitucionalista até então. Esse grupo de normas se assemelha ao grupo das normas de eficácia plena por terem aplicabilidade direta e imediata, e aproximam-se das normas de eficácia limitada pela possibilidade de serem restringidas por uma lei ulterior.

De acordo com a clássica teoria norte-americana, eram quase que inexistentes os casos de uso de uma aplicabilidade imediata de uma norma constitucional, ou seja, a maioria das normas aplicadas dependia de uma regulamentação.

Em contraposto dessa clássica teoria norte-americana, hoje, a orientação doutrinária moderna reconhece eficácia plena à maioria das normas constitucionais, até mesmo naquelas que não passavam de princípios programáticos.

É de se ressaltar, no entanto, o disposto no art. 5º, § 1º, que afirma que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Partindo-se da premissa de que a norma do art. 227 é de eficácia plena (distanciando-se em tudo daquelas que alguns insistem em catalogar como sendo de conteúdo meramente programático, cada vez mais raras em nosso ordenamento jurídico marcadamente positivado), temos de reconhecê-la, sim, como um fator a mais a limitar o campo de atuação discricionária do administrador público.

4 Neoconstitucionalismo pós-positivista

Na virada do século XIX, o jusnaturalismo pré-Hegelianiano havia sido superado pela doutrina positivista, baseada nas ideias da Teoria Pura do Direito de Kelsen, na qual o sistema jurídico era entendido sob uma perspectiva científica, cujo objeto é a norma jurídica. As demandas sociais e econômicas à época exigiam da teoria do direito uma maior clareza, previsibilidade e estabilidade, consolidadas no imperativo da segurança jurídica, que justificava o sucesso da teoria positivista, assim descrito por Kaufmann (2009, p. 114-115):

as sociedades complexas com uma economia desenvolvida exigem um elevado grau de segurança jurídica; esta não pode, porém ser assegurada pelos sistemas de direito natural tradicionalmente por serem necessárias leis gerais e abstractas. A

nova concepção do Estado implica que o portador da vontade do Estado emita leis como soberano. Mas a lei assim legitimada é tão incontestável como o próprio soberano, de cujo poder decorre sua validade. [...]

Para os positivistas, a validade de uma lei depende apenas da observação do procedimento legislativo formal e da existência de um autêntico ato de vontade do soberano, não do conteúdo da lei. O conteúdo material da lei, para os positivistas, era desprezado na aferição de sua validade. Outro ponto central do positivismo era a completude e fechamento do sistema. Sob esse enfoque, o sistema é fechado, suficiente em si mesmo para tutelar todas as condutas humanas. Assim, todo comportamento estaria previsto positivamente ou negativamente, de acordo com a regra de calibragem “tudo o que não está proibido está permitido”.

Nesse contexto, a Constituição possui um papel limitado, servindo tão somente para estabelecer a tripartição dos poderes e conferir fundamento de validade formal às normas infraconstitucionais.

Muitos foram os questionamentos ao modelo positivista, principalmente o fato de que ele se revela incompleto para exprimir as relações jurídicas frente à complexidade das condutas sociais tuteladas pelas normas jurídicas.

Somado a isso, com o fim da II Grande Guerra, o mundo, não apenas o jurídico, passou por uma série de mudanças significativas, dentre as quais se destacam a teoria constitucional pós-positivista e o florescimento dos direitos e garantias fundamentais. Nos regimes totalitários idealizados, sobretudo na Alemanha e na Itália, atrocidades foram cometidas sob o manto da legalidade. Essa situação foi retratada por Hannah Arendt ao relatar a “banalidade do mal” de um oficial nazista julgado que, ao se defender, evoca o estrito cumprimento da lei esvaziada de reflexão moral sobre suas atitudes.

Após esse nebuloso período da história, surgiu o movimento pós-positivista, oportunidade em que a pressuposta completude do sistema e o emprego da subsunção do fato à norma deram lugar à ponderação e à teoria da argumentação. O sistema jurídico passa a ser entendido como aberto, integrando outros sistemas (moral, economia, sociologia etc.) ao discurso argumentativo, composto por regras e princípios jurídicos, carregados de valor axiológico, contemplados pelo texto constitucional, que assume tais valores como delimitadores da atividade legislativa infraconstitucional.

O texto constitucional pós-positivista apresenta novas características, didaticamente sintetizadas por Daniel Sarmento (2009, p.14):

(a) Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Cumprido ressaltar que os princípios fundamentais previstos na CF, diante do conteúdo no mais das vezes impreciso e mutável, carecem de delimitação por parte de seus aplicadores, fator que transforma os guardiões da Constituição não apenas em meros aplicadores do direito, mas, muitas vezes, de legisladores, fenômeno conhecido como ativismo judicial.

No contexto brasileiro, a teoria pós-positivista foi encampada sob o gênero do termo neoconstitucionalismo, surgido logo após o processo de redemocratização ao término da ditadura militar, que engloba tanto teóricos pós-positivistas quanto positivistas.

O texto constitucional aprovado em 1988 representa uma grande vitória da democracia, ao apresentar um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dotados de normatividade e aplicabilidade. Além disso, outras características do texto conferem à Constituição seu aspecto neoconstitucionalista pós positivista, dentre as quais se destacam a rigidez do texto, a previsão de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, supremacia da Constituição, entre outros.

É a primeira vez que uma constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2006, p. 93)

Para o pós-positivismo, além de estarem previstos e limitarem a atuação do Poder Legislativo, os direitos constitucionais (direitos fundamentais) passam a ser dotados de executoriedade própria, exigíveis e concretizáveis sem o necessário intermédio da lei.

Sobre o tema, Daniel Sarmento (2009, pág. 90-91) esclarece que,

na minha opinião, há dois momentos distintos nesta evolução: o “constitucionalismo da efetividade” e o pós-positivismo constitucional. O primeiro momento vem logo após a promulgação da Constituição de 88. Alguns autores, como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève, passam a advogar a tese de que a Constituição, sendo norma jurídica, deveria ser rotineiramente aplicada pelos juízes, o que até então não ocorria. O que hoje parece obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas pouco mais do que um repositório de normas grandiloquentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo de efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social, independente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.

E prossegue:

pode-se dizer que a doutrina constitucional da efetividade teve êxito no Brasil, no sentido de instalar no senso-comum dos operadores do Direito a ideia de que a Constituição é norma, que pode e deve ser aplicada, independentemente de regulamentação de seus dispositivos pelo legislador ordinário.

Nesse contexto, o princípio constitucional da prioridade absoluta, ao enunciar que crianças e adolescentes têm preferência de atendimento a seus direitos fundamentais, vincula o Estado que não pode validamente negar-se a implementar os comandos constitucionais.

5 O princípio da prioridade absoluta: dever fazer

Com a doutrina da Proteção Integral, inaugurada entre nós com a Constituição de 1988, reconhecem-se todas as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que devem ser protegidos pela geração adulta, formada pela família, sociedade e Estado.

Basicamente, a doutrina jurídica da Proteção Integral assenta-se em três bases, a saber: criança e adolescente como sujeitos de direitos – deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos; destinatários de absoluta prioridade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Com a nova doutrina, as crianças e os adolescentes ganham um novo “status” como sujeitos de direitos, e não mais como menores objetos de compaixão e repressão, em situação irregular, abandonados ou delinquentes.

A teoria da proteção integral representa um indiscutível progresso dos direitos humanos fundamentais, tendo como sustentáculo doutrinário a noção de que crianças e adolescentes são titulares de direitos gerais, como toda e qualquer pessoa, e específicos, devido à sua peculiar situação e pessoa ainda em desenvolvimento físico, mental, intelectual, social e cultural.

Do princípio da proteção integral decorre a exigência de que a tutela e aplicação dos direitos de crianças, adolescentes e jovens tenham prioridade absoluta.

Prioridade, segundo o mais popular dos dicionaristas brasileiros, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, é

1. Qualidade do que está em primeiro lugar, ou do que aparece primeiro; primazia.
2. Preferência dada a alguém relativamente ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; primazia.
3. Qualidade duma coisa é que posta em primeiro lugar, numa série ou ordem. (DICIONÁRIO AURÉLIO, 1986, p. 1.393).

Absoluta, segundo o mesmo dicionário, significa ilimitada, irrestrita, plena, incondicional.

A soma dos vocábulos já nos evidencia o conteúdo da expressão: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros.

A respeito do significado da expressão prioridade absoluta, o Promotor de Justiça Wilson Donizeti Liberati (1991, p. 4-5), especialista na área, ensina que,

por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...). Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são importantes que as obras de concreto que ficam par a demonstrar o poder do governante.

Tratando-se de comando expresso da Constituição Federal e havendo legislador infraconstitucional delineando concretamente seu conteúdo e extensão, é forçoso reconhecer que não ficou ao alvedrio de cada governante decidir se dará ou não apoio prioritário às crianças e aos adolescentes (DALLARI, 2001, p. 25).

Tal primazia decorre do fato de que o público infanto-juvenil não possui as capacidades necessárias ao exercício, de forma direta, de seus direitos, cabendo, portanto, à família, à sociedade e ao Estado resguardar seus bens jurídicos fundamentais.

O art. 227 da Constituição Federal, como norma definidora de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tem força de autêntica norma jurídica a irradiar efeitos concretos na sociedade.

De observar-se, ainda, que citado princípio-garantia estabelece uma preferência em benefício do público infanto-juvenil que não pode deixar de ser observada. Assim, sendo necessário escolher entre o atendimento de um direito fundamental para uma criança ou para um adulto, deve ser dada prioridade àquela. Essa preferência de atendimento tem bases históricas e éticas.

O texto do art. 227, CF, teve origem popular, sendo seu texto subscrito por quase dois milhões de assinaturas de brasileiros. O desiderato do legislador Constituinte, ao prescrever prioridade absoluta para crianças e adolescentes, foi redimir-se de quase quinhentos anos de omissão nessa temática. A par disso, revela-se indiscutível que crianças e adolescentes, em razão de seu peculiar estado de desenvolvimento e da curta duração desse estágio da vida humana, merecem prioridade de atendimento.

Sua aplicabilidade, não somente por força do art. 5º, parágrafo 1º, CF, mas, sobretudo, pelo reconhecimento de que normas e valores constitucionais irradiam efeitos diretos, concretos e obrigatórios para todo o ordenamento jurídico pátrio, é plena (conforme a já mencionada classificação de José Afonso da Silva).

A prioridade absoluta, enquanto princípio-garantia constitucional, vem sendo reconhecida em julgados dos Tribunais brasileiros, *in verbis*:

Do estudo atento desses dispositivos legais e constitucionais, deduz-se que não é facultado à Administração alegar falta de recursos orçamentários para a construção

estabelecimentos aludidos, uma vez que a Lei Maior exige prioridade absoluta - art. 227 - e determina a inclusão de recursos no orçamento. Se, de fato, não os há, é porque houve desobediência, consciente ou não, pouco importa, aos dispositivos constitucionais precitados, encabeçados pelo § 7.º do art. 227 (ApCiv 62, de 16.04.1993, Acórdão 3.835.) .

O Tribunal de Justiça gaúcho, por seu turno, também faz referência ao princípio quando adverte: “a exigência de absoluta prioridade não deve ter conteúdo meramente retórico, mas se confunde com uma regra direcionada, especificamente, ao Administrador Público” (ApCiv 596017897, 7ª Câm. Civ).

Interessante destacar que, como não poderia deixar de ser, o princípio da prioridade absoluta já foi absorvido pelos Tribunais Superiores:

PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO A ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. (...)5.O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7(...) (Recurso especial desprovido. STJ. HC 97539 / RJ - RIO DE JANEIRO. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 16.06.2009. Órgão Julgador: Primeira Turma.)

A inobservância do alcance e extensão deste princípio-garantia enseja a adoção de medidas judiciais. Nesse contexto, têm sido cada vez mais recorrentes as decisões judiciais que, com base em princípios encartados no texto constitucional, determinam ao Poder Público a implementação de direitos fundamentais prestacionais.

A título de exemplo, cita-se decisão do e. Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, que, em decisão monocrática proferida na Medida Cautelar na ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - número 45, procede a diversas considerações acerca da implementação de políticas públicas, conforme pode ser visto desde a ementa:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de

abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da Liberdade de Conformação do Legislador. Considerações favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (ADPF 45 MC / DF Distrito Federal, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 29/04/2004, Publicação DJ 04/05/2004).

Na análise efetuada, o Ministro Celso de Mello explicitou que,

[...] ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente auferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (ADPF 45 MC / DF DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento 29/04/2004, Publicação DJ 04/05/2004).

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos (2002) e Andreas Krell (2002) asseveram que,

não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, recebam a investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo.

O próprio Supremo Tribunal Federal também vem se posicionando nesse sentido. Ao julgar uma ação envolvendo o Governo do Tocantins, a Corte Suprema abriu um precedente histórico. Na decisão, o presidente do STF, Gilmar Mendes, dando prevalência ao princípio constitucional da prioridade absoluta de atendimento a crianças e adolescentes, determinou que o governo estadual criasse, no prazo de um ano, uma política pública na área de atendimento a adolescentes infratores, sob pena de multa diária.

A decisão abriu uma jurisprudência inédita no Brasil. Pela primeira vez na história, entendeu-se que o Judiciário pode obrigar o Executivo a cumprir políticas públicas sociais. Na antiga posição do Supremo, prevalecia o princípio da separação dos Poderes – pelo qual o Judiciário não poderia interferir em assuntos de competência do Executivo – e o da “reserva do possível”, segundo o qual os direitos só poderiam ser garantidos se houvesse recursos públicos disponíveis.

A ação foi movida pelo Ministério Público de Tocantins contra o governo estadual, exigindo a implantação de um programa de internação e semiliberdade de adolescentes em conflito com a lei em Araguaína, município de 115 mil habitantes.

De acordo com o processo, diante da inexistência de uma unidade de atendimento especializada no município, os adolescentes em conflito com a lei eram encaminhados para uma unidade a 160km (cento e sessenta quilômetros) de distância, dificultando o contato deles com a família.

Após o *Parquet* vencer a ação em primeira e segunda instâncias, o Governo de Tocantins recorreu ao STF. O presidente do Supremo decidiu manter a decisão de determinar que o governo estadual implemente em Araguaína, no máximo em 12 (doze) meses, um programa de atendimento a adolescentes autores de ato infracional, e proibiu o Estado de abrigar os jovens em unidades que não sejam especializadas, sob pena de multa diária de R\$3.000,00 (três mil reais), por tempo indeterminado.

Confiram-se trechos significativos do julgado em comentário:

“SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 235-0/TOCANTINS. RELATORA: MINISTRA PRESIDENTE. REQUERENTE(S): ESTADO DO TOCANTINS. ADVOGADO(A/S): PGE-TO - LUÍS GONZAGA ASSUNÇÃO. REQUERIDO(A/S): TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS (AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 1848/07 NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 72658-0/06). INTERESSADO(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS. [...]No presente caso, discute-se possível colisão entre (1) o princípio da separação dos Poderes, concretizado pelo direito do Estado do Tocantins definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas a adolescentes infratores e (2) a proteção constitucional dos direitos dos adolescentes infratores e de uma política básica de seu atendimento. (...) A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins, em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 227). Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo dar primazia na consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4(...) Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Tocantins, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva, concretamente delineada pelo ECA. A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos. [...] 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. [...]’. Não há dúvida quanto à possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, como no presente caso, em que o comando

constitucional exige, com absoluta prioridade, a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes, claramente definida no Estatuto da Criança e do Adolescente. [...]

Nesse contexto, observa-se que nas ações judiciais que tenham objeto alguma prestação positiva pelos Poderes Públicos as matérias de defesa a serem arguidas têm seu âmbito bem reduzido, principalmente se essa invocação ocorrer em ações que busquem implementar direitos fundamentais prestacionais para atendimento do público infanto-juvenil por força não apenas da fundamentalidade desses direitos, mas também em razão dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta.

As alegações do Poder Público para se escusar de cumprir suas obrigações constitucionais não têm prosperado. Assim, como exemplo, a tese de que os direitos fundamentais sociais são normas de caráter programático tem sido duramente repelida pelo Poder Judiciário.

A citada tese contrária, em um primeiro momento, o art. 5º, parágrafo 1º. da CF/88 que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Embora ainda não exista um grau de consensualidade no que se refere ao significado e alcance desse dispositivo – as posições doutrinárias variam entre os que, adotando posição extremamente tímida, sustentam que a norma em exame não pode atentar contra o estado das coisas, de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei e os que, situados em outro extremo, entendem que até as normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em razão de sua aplicabilidade imediata, o gozo do direito fundamental, independentemente de concretização legislativa – para efeito deste trabalho, adota-se a posição intermediária do professor Celso Bastos.

O constitucionalista brasileiro sustenta que os direitos fundamentais são, em princípio, na medida do possível, diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo a cláusula “na forma da lei”; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis para que se lhe possa assegurar a imediata aplicabilidade (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 383).

A norma do art. 227, Constituição Federal, não se insere em nenhuma das exceções mencionadas, pois enuncia direitos fundamentais de crianças e adolescentes sem remeter sua concretização para o legislador ordinário. De igual modo, os termos em que vazado o texto desse artigo revela que ele contém todos os elementos indispensáveis para que se lhe possa exigir a imediata aplicabilidade.

Outro argumento que vem sendo repelido pelos Tribunais brasileiros de forma recorrente é o de que as decisões judiciais que compelem o Poder Público a concretizar direitos fundamentais prestacionais violariam o princípio da separação dos poderes.

A separação dos Poderes, sem dúvida, é um dos princípios fundamentais da democracia moderna. Surgiu para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do

soberano, comum no Estado absoluto que precede as revoluções burguesas e fundamenta-se com as teorias de John Locke e de Montesquieu.

Ínsita à ideia de separação de poderes está o mecanismo de freios e contrapesos, na qual esses três poderes que reúnem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar reciprocamente, ou seja, um Poder pode, de maneira limitada excepcional, intervir no funcionamento do outro.

No que tange à possibilidade de o Poder Judiciário intervir na formulação de políticas públicas para determinar a concretização de direitos fundamentais prestacionais relativos a crianças e adolescentes, a jurisprudência pátria, com alguma exceção, tem reconhecido essa possibilidade, sob o argumento de que os princípios constitucionais têm força normativa e irradiam efeitos concretos. A inobservância desses princípios-garantia por parte do Administrador Público configura omissão inaceitável e pode ser reparada pelo Poder Judiciário.

Por derradeiro, os Tribunais também têm rechaçado a tese da “reserva do possível”. Essa tese foi utilizada pela primeira vez em decisão emanada do Tribunal Constitucional Federal Alemão, para justificar a existência de limitações à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

No Brasil, a noção de reserva do possível se propagou. Aqui, contudo, a expressão perdeu parte de seu sentido inicial, pois a doutrina não costuma se referir à razoabilidade da pretensão, mas tão-somente à disponibilidade ou não de recursos. Seria apenas a reserva do financeiramente possível.

Essa relação entre reserva do possível e disponibilidade financeira é maciçamente mencionada pela doutrina brasileira. Nesse sentido é o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, para quem “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas” (BARCELLOS, 2002, p. 237).

A autora divide a reserva do possível em fática e jurídica. A reserva do possível fática estaria ligada à existência de recursos, ao passo que a reserva do possível jurídica diria respeito à previsão orçamentária para a despesa.

Depois de apresentar a classificação da reserva do possível em fática e jurídica, Barcellos questiona a possibilidade de se alegar a reserva do possível fática, no sentido de ausência total de recursos em caixa, tendo em vista que o Estado tem como arrecadar mais recursos. Todavia, é a própria sociedade a responsável por fornecer os recursos ao Estado. E esse raciocínio leva, de fato, à conclusão de que nunca haverá reserva do possível, se entendida como reserva do possível fática, uma vez que o Estado sempre pode obter novos recursos (BARCELLOS, 2002).

Há certo consenso doutrinário quanto à inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em matéria de direitos integrantes do mínimo existencial. A falta de recursos não poderia afetar a realização do mínimo existencial. Poderia, sim, justificar restrições aos direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade. Nesse caso, afirma-se que seria necessária a remoção do obstáculo financeiro, mediante a realocação de recursos, a fixação de prioridades ou outro mecanismo.

Para o jurista alemão Robert Alexy (2011, p. 37),

[...] em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade'.

Por força da fundamentalidade desses direitos e dos princípios constitucionais da proteção integral e da prioridade absoluta, verifica-se que a invocação da cláusula da reserva do possível será inoponível quando se referir a ações que busquem implementar direitos fundamentais prestacionais para atendimento do público infanto-juvenil.

6 Conclusão

Neste trabalho, procurou-se demonstrar a possibilidade de se reconhecer, diretamente em norma constitucional definidora de direitos fundamentais prestacionais de crianças e adolescentes, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado.

A interpretação da Constituição, pautada na dignidade da pessoa humana e no princípio da prioridade absoluta, nos revela que não há mais espaços para deixar-se de cumprir os comandos coercitivos impostos pelo Constituinte nesta temática.

A concepção pós-positivista, fundada na supremacia dos direitos fundamentais, confere ao texto constitucional o caráter de autênticas normas jurídicas, que direcionam o exercício do Poder Executivo e invalidam leis.

A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

No Brasil, diante da inação na implementação das políticas públicas ou no equívoco na escolha destas, o Poder Judiciário é invariavelmente instado, via tutela jurisdicional, a viabilizar a fruição dos direitos fundamentais mediante o preenchimento das lacunas existentes, sempre sopesando a circunstância de escassez de recursos necessários e a efetivação do direito social colimado de forma a garantir o mínimo existencial.

O Poder Judiciário tem à sua disposição fundamentos jurídicos e instrumentos legais e constitucionais para determinar a efetivação, no caso concreto, das prestações materiais e jurídicas necessárias a garantir os direitos fundamentais prestacionais do público infantojuvenil.

Princípio constitucional da prioridade absoluta e sua densidade normativa: o neoconstitucionalismo e a superação do discurso programático dos direitos fundamentais prestacionais relativos a crianças e adolescentes

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, volume II, São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova Edição, 13ª tiragem. São Paulo: Campus, 2004.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DICIONÁRIO AURÉLIO. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 114-115.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizete. *O Estatuto da Criança e do Adolescente - comentários*. São Paulo: IBPS, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, D. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-268.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2006.