

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PODER  
JUDICIÁRIO**

**MARCELLY MARIA DE CARVALHO CARDOSO**

**Rio de Janeiro  
2017.1**

**MARCELLY MARIA DE CARVALHO CARDOSO**

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PODER  
JUDICIÁRIO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Ms. Laura Magalhães de Andrade.**

**Rio de Janeiro**

**2017.1**

### CIP - Catalogação na Publicação

C268e Cardoso, Marcelly Maria de Carvalho  
A efetividade dos direitos fundamentais da  
criança e do adolescente: uma análise da Reserva do  
Possível e o Poder Judiciário / Marcelly Maria de  
Carvalho Cardoso. -- Rio de Janeiro, 2017.  
66 f.

Orientadora: Laura Magalhães de Andrade.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Políticas Públicas. 2. Poder Judiciário. 3.  
Proteção Integral. 4. Reserva do Possível. 5. Direito  
da Criança e do Adolescente. I. Andrade, Laura  
Magalhães de , orient. II. Título.

CDD - 342.17

**MARCELLY MARIA DE CARVALHO CARDOSO**

**A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO  
ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PODER  
JUDICIÁRIO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da **Professora Ms. Laura Magalhães de Andrade.**

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientadora: Laura Magalhães de Andrade

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**

**2017.1**

## RESUMO

Considerando os Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta, destinados às crianças e aos adolescentes, a presente monografia objetiva analisar a efetividade de seus direitos fundamentais à luz da Teoria da Reserva do Possível, que se consubstancia na ideia de que o Estado deve garantir aquilo que razoavelmente se pode exigir frente à escassez de recursos financeiros. Sendo certo que a concretização desses direitos se dá, sobretudo, através da implementação de políticas públicas, que, por conseguinte, dependem da alocação de recursos financeiros, evidencia-se uma estreita relação entre a alegação da Reserva do Possível e a efetividade dos direitos fundamentais infantojuvenis, cuja concretização depende de uma prestação positiva do Estado. Nesse contexto, também se examinará a intervenção do Poder Judiciário diante desses impasses.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção Integral; Prioridade Absoluta; Direitos Fundamentais; Políticas Públicas; Reserva do Possível; Poder Judiciário.

## **ABSTRACT**

Taking into account the principles of Integral Protection and Absolute Priority for children and adolescents, this monograph aims to analyze the effectiveness of their fundamental rights in according the Possible Reserve Theory, which means the State must ensure what can reasonably demanded in the face of the scarcity of financial resources. It's true that the realization of these rights is mainly through the implementation of public policies, which therefore depend on the allocation of financial resources. Because of that, there is a narrow relation between the Possible Reserve Theory and the effectiveness of the children and adolescent's fundamental rights, which achievement depend a State providing. For all the above, it will also be analyzed the intervention of the Judiciary.

**KEYWORDS:** Integral Protection; Absolute Priority; Fundamental Rights; Public Policies; Possible Reserve; Judiciary.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b> .....	10
1.1 Doutrina da Situação Irregular.....	10
1.2 Proteção Internacional.....	13
1.3 Doutrina da Proteção Integral no Brasil.....	15
<b>CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b> .....	19
2.1 O valor jurídico do princípio.....	19
2.2 Princípios específicos de proteção da criança e do adolescente.....	24
<b>CAPÍTULO 3 – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL</b> .....	28
3.1 A origem da expressão “reserva do possível”, suas aplicações e implicações.....	28
3.2 A Teoria no Brasil.....	33
3.3 A garantia do núcleo essencial.....	35
3.4 Mitigação da Reserva do Possível em face do mínimo existencial.....	37
<b>CAPÍTULO 4 – O JUDICIÁRIO BRASILEIRO</b> .....	40
4.1 Percepções e posicionamentos dos Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta pelo Judiciário Brasileiro.....	40
4.2 A efetividade preferencial dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes sob a égide da Teoria da Reserva do Possível.....	46
4.3 A Teoria da Reserva do Possível: um obstáculo na concretização dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.....	48
4.4 Jurisprudência sobre o tema.....	54
<b>CONCLUSÃO</b> .....	59
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	63

## INTRODUÇÃO

A presente monografia tem o propósito de analisar e debater a efetividade dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, dispostos constitucionalmente, à luz da Teoria da Reserva do Possível. Somado a isso, os princípios materializantes da Doutrina da Proteção Integral revelam que os infantes são destinatários legítimos de uma atenção especial no cenário jurídico brasileiro, e, conseqüentemente, pelo Poder Público, em todas as suas esferas – legislativa, executiva e judiciária.

O tema é relevante na medida em que, diariamente, milhares de crianças e adolescentes são privados do pleno exercício de seus direitos fundamentais, os quais são frequentemente ameaçados ou violados, justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à sua concretização, que serão expostas e trabalhadas ao longo deste estudo, bem como a notória falta de vontade política dos governantes na implementação de políticas básicas nessa área.

No transcurso da história, o tratamento direcionado às crianças e adolescentes sofreu uma longa mudança evolutiva, conduzindo a uma multiplicidade de resultados. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, tendo como premissa a dignidade da pessoa humana, direcionou um novo olhar para o público infantojuvenil, desde então reconhecidos como sujeitos de direitos e titulares de direitos especiais.

Com a introdução de um sistema garantista, assim considerado devido à ampla proteção que o artigo 227 da Constituição brasileira<sup>1</sup> proporciona aos infantes e com seu caráter de política pública, a antiga forma de tratar os infantes foi superada, passando a conferi-los a titularidade de direitos subjetivos compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>1</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).”



Nesse contexto, a abordagem do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, que guarda intrínseca relação com a Doutrina da Proteção Integral<sup>2</sup>, permite consagrar um novo modelo jurídico, em que a família, a sociedade e o Estado, com absoluta prioridade, assegurarão conjuntamente os direitos fundamentais a todas as crianças e adolescentes, sem distinção.

A Doutrina da Proteção Integral se estabeleceu como pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo, impondo diretrizes e estruturas do novo ramo jurídico que se estabeleceu a partir de 1988<sup>3</sup>. O que se pode observar dessas mudanças é que se produziu um campo de abertura capaz de potencializar a concretização dos direitos fundamentais reconhecidos aos infantes.

Todavia, esses direitos podem vir a sofrer mitigações em virtude da aplicação da Cláusula da Reserva do Possível, basicamente entendida como a possibilidade de o Estado prestar determinados direitos dentro dos limites tidos como razoáveis no que concerne a recursos públicos.

A doutrina brasileira, ao introduzir a Reserva do Possível no ordenamento jurídico, desenvolveu algumas perspectivas para sua compreensão e aplicação, levando a uma estreita relação entre a disponibilidade financeira e a efetividade dos direitos fundamentais, cuja concretização depende do Estado.

Posto isto, a importância desse trabalho reflete no embate gerado pela Teoria da Reserva do Possível e a dependência da disponibilidade de recursos para a efetividade dos direitos fundamentais infanto-juvenis, quando analisado à luz dos Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta.

Sob estas reflexões, a temática eleita se desenvolverá a partir das mudanças ocorridas no âmbito infantojuvenil e na atuação do Poder Judiciário na consecução e efetivação dos

---

<sup>2</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

<sup>3</sup> A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil se deu em 1988, assegurando a todos, sem distinção, a existência de uma vida digna.

direitos fundamentais dos infantes, que se estende para uma atuação mais efetiva de modo a viabilizar o pleno exercício desses direitos em uma área tida como especial.

Estudou-se, pois, a atuação do Poder Judiciário no que se refere à implementação de políticas públicas, tendo em vista que da referida análise poderá se identificar como a Teoria da Reserva do Possível está sendo aplicada e se esta aplicação é compatível com o comando constitucional de prioridade absoluta, vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente compreende, como umas das garantias de prioridade, a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

Com o propósito de demonstrar a efetividade dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, buscar-se-á, através de comparações com o sistema brasileiro atual e suas principais consequências, retratando a utilização e a eficácia dos princípios consagrados pela CRFB/88 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, seus principais conceitos e métodos de operabilidade, além dos diferentes resultados alcançados a partir das formas de eficácia dadas a eles, bem como uma análise e aplicabilidade da Cláusula da Reserva do Possível no âmbito desses direitos, apresentando, conjuntamente, posições teóricas de alguns autores acerca do tema, bem como a atuação do Poder Judiciário face esse embate.

Para desenvolver esse estudo os capítulos serão dispostos da seguinte maneira: o primeiro capítulo abordará a evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente. Assim, será averiguado como o tratamento com esse público foi sendo abordado ao longo da história. No segundo capítulo, o estudo se voltará aos princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente, bem como o valor jurídico que um princípio exerce para nortear e vincular a interpretação de normas em um ordenamento jurídico. O terceiro capítulo se destinará a apresentar a origem da Teoria da Reserva do Possível e analisar a forma como ela foi inserida e é interpretada pela doutrina brasileira. O quarto capítulo vai examinar, a partir da Teoria da Reserva do Possível, como se desdobra a efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes a partir de percepções e posicionamentos dos Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta, e como isso afeta o Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, refletindo no fenômeno da judicialização, já que sempre que for constatada alguma violação a direitos, pode-se acionar o Poder Judiciário de modo a salvaguardá-los.

Parte do estudo do tema se desdobra em análise das posições do Poder Judiciário, a partir de pesquisas de jurisprudência. Serão selecionados e citados alguns julgados que envolvem uma área corriqueiramente afetada à efetividade do direito fundamental dos infantes, em que se vislumbrará a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre as possibilidades e limitações na aplicação da Teoria, bem como a interferência do Judiciário para a efetivação desses direitos diante dos princípios que serão trabalhados, de modo a trazer contribuições para o desenvolvimento e conclusão do trabalho, verificando a observância, ou não observância, dos Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta.

Diante dessas notas introdutórias, pretender-se-á discutir e analisar como a Teoria da Reserva do Possível tem se tornado uma escusa para o cumprimento dos direitos fundamentais dos infantes, tornando-se necessário, outrossim, a intervenção do Poder Judiciário, como garantidor dos preceitos constitucionais, em exigir condutas para que as normas garantidoras dos direitos infanto-juvenis possam se efetivar.

## 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Inicialmente, é necessário fazer uma análise acerca da evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente para uma melhor compreensão do atual estágio de proteção brasileira na qual eles se encontram. Para tanto, o enfoque será nas duas correntes jurídico-doutrinárias que se estabeleceram ao longo da história, quais sejam, a antiga Doutrina da Situação Irregular e a Doutrina da Proteção Integral, que rege o atual sistema infantojuvenil.

### 1.1 Doutrina da Situação Irregular

O tratamento dispensado às crianças e adolescentes ao longo da história é marcado pela ausência de proteção jurídica. Estes, desde os tempos mais remotos, não eram considerados merecedores de proteção especial.

Nas antigas civilizações, os laços familiares eram construídos pela sujeição à figura paterna (*pater familiae*), que exercia poder absoluto sobre sua família. No Direito Romano, os filhos não eram considerados sujeitos de direitos, mas objetos de relações jurídicas, sobre as quais o pai, a autoridade familiar, exercia o direito de propriedade.<sup>4</sup>

Trata-se de uma época em que a religião exercia forte influência sobre a sociedade familiar, os laços familiares eram por ela estabelecidos, a qual ditava as regras e o direito. E com uma predominância cada vez mais forte, seu poder de influência cresce sobre os sistemas jurídicos que, sobremaneira, passa a contribuir para o início do reconhecimento de direitos ao público infantojuvenil, haja vista que defendeu o direito à dignidade para todos. Dessa forma, diminuiu em certo grau o severo tratamento na relação paternal. Por outro lado, os filhos havidos fora do casamento, instituição sagrada, permaneciam à margem de proteção jurídica e moral da época.<sup>5</sup>

Inicialmente, sob a ótica do Direito brasileiro, as Ordenações do Reino influenciaram significativamente no Brasil Colônia. A figura do pai como autoridade máxima também prevalecia no âmbito familiar. Entretanto, no tocante à comunidade indígena existente, os

---

<sup>4</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

<sup>5</sup> Ibid. p. 45.

jesuítas enfrentavam dificuldades para catequizar a parcela de índios adultos, sendo então mais fácil educar as crianças, resguardando, porém, o direito daqueles de ainda exercer a autoridade paterna, usando os castigos como forma de correção, por exemplo.<sup>6</sup>

Já na fase do Brasil Imperial, predominou-se uma preocupação com aqueles que infringiam as leis. Nas palavras de José Farias Tavares:<sup>7</sup>

Durante a fase imperial tem início a preocupação com os infratores, menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor ante a crueldade das penas. Vigentes as Ordenações Filipinas, a imputabilidade penal era alcançada aos sete anos de idade. Dos sete aos dezessete anos, o tratamento era similar ao do adulto com certa atenuação na aplicação da pena. Dos dezessete aos vinte e um anos de idade, eram considerados jovens adultos e, portanto, já poderiam sofrer a pena de morte natural (por enforcamento). A exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte para maiores de quatorze anos.

Pode-se dizer que esse período deu início à política de recolhimento, em que o Estado, ainda através da ideologia cristã, fundou a primeira casa de recolhimento de crianças no Brasil, na qual os jesuítas as colocavam na tentativa de evitar a imposição dos costumes abusivos dos pais sobre elas.<sup>8</sup>

No que tange ao Brasil República, esse período é marcado pela criminalização da criança pobre, de forma a buscar a garantia de direitos e ao mesmo tempo “se defender” dos menores carentes e em delinquência, à medida que houve um aumento populacional, em decorrência da acentuada migração de escravos libertos, e o crescimento em larga escala dos males sociais (doenças, analfabetismo, abandonos).<sup>9</sup>

Traçava-se assim a Doutrina da Situação Irregular, tendo o primeiro Código de Menores do Brasil, publicado em 1926, pelo Decreto nº 5.083, o objetivo de regular a situação dos infantes em situação de vulnerabilidade e com potencialidade ofensiva. E no ano seguinte, foi substituído pelo Decreto nº 17.943-A, chamado Código Mello Mattos, cujo parâmetro era buscar uma proteção e assistência contra o abandono e todas as influências desmoralizantes

<sup>6</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

<sup>7</sup> TAVARES, José de Farias. Direito da infância e da juventude. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, *apud* AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

<sup>8</sup> AMIM, Andréa Rodrigues. Op. cit. p. 46.

<sup>9</sup> Loc. cit.

sobre os menores, nome este que ficou consolidado durante muito tempo.<sup>10</sup> Em suma, era o Estado protegendo a sociedade dos menores, mesmo que suprimindo suas garantias.

Já a fase posterior à Constituição da República do Brasil de 1937, fim do Estado Novo, evidenciou-se uma sensibilidade às lutas pelos direitos humanos, acarretando um processo de revisão do Código Mello Mattos, o qual diagnosticou que o problema dos menores era principalmente social. Posto isto, a comissão revisora trabalhou em prol de elaborar um código misto, com aspectos sociais e jurídicos, recebendo a influência do contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral das Nações Unidas, para em seguida a Declaração dos Direitos da Criança.<sup>11</sup>

Contudo, instaurado o Regime Militar, houve uma espécie de retrocesso fazendo com que o projeto da comissão revisora fosse interrompido, tendo em vista que imperava o desejo de reduzir ameaças de qualquer origem que comprometessem a segurança nacional. Até que em 1979 foi publicada a Lei nº 6.697/79, constituindo o novo Código de Menores, que consolidou a Doutrina da Situação Irregular a qual buscava resolver os conflitos de abandono, infrações penais e desvios de condutas já instalados, e não uma política de prevenção.<sup>12</sup>

Fato é que, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, projetou-se um novo olhar para o ordenamento jurídico, baseado no Estado Democrático de Direito. Lastreada na dignidade da pessoa humana, a Carta Constitucional estabelece um sistema normativo garantidor de direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, sem distinções. É importante ressaltar que, nesse momento de ruptura com o modelo anterior à Constituição de 1988, destacou-se o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, que teve significativa participação na mobilização nacional para conscientização da necessidade de ampliação das garantias dos direitos sociais e individuais a todas as crianças e adolescentes.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

<sup>11</sup> Ibid. 47-48.

<sup>12</sup> Ibid. p. 48.

<sup>13</sup> Ibid. p. 49.

Dessa união de esforços, foram incluídos no corpo da Constituição brasileira os direitos infantojuvenis, inserindo o artigo 227, que preconiza a responsabilidade conjunta da família, da sociedade e do Estado de ser a garantidora dos direitos, bem como zelar pela proteção integral a esse público, consagrando-se a Doutrina da Proteção Integral.<sup>14</sup>

## 1.2 Proteção Internacional

O cenário jurídico internacional exerceu importante influência no reconhecimento e instauração da Doutrina da Proteção Integral, tendo em vista os vastos documentos internacionais que serviram de inspiração e base para a sua formulação, observando, sobretudo, a proteção especial em decorrência da situação peculiar de pessoa em desenvolvimento das crianças e adolescentes.

Os primeiros indícios de proteção jurídica infantil no contexto internacional estão dispostos na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924 e aprovada pela Liga das Nações. A partir da reconfiguração política pós-Primeira Guerra Mundial, a discussão sobre direitos humanos começou a ganhar relevância de maneira que se desenvolveu uma sistemática internacional para a proteção das minorias.<sup>15</sup> Nesse sentido, reconheceu-se a condição especial de pessoa em desenvolvimento que necessita de proteção e tratamento diferenciado.

Contudo, com a Segunda Guerra Mundial, houve outro cenário de violação de direitos, que só foi restabelecido quando ela se findou, momento em que se iniciaram articulações internacionais visando uma sociedade comprometida na manutenção da paz mundial, na criação de uma nova ordem político-econômica e de proteção da pessoa humana. Com isso, foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que foi um importante marco na recuperação da noção de

---

<sup>14</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).”

<sup>15</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

direitos humanos, fundando uma nova concepção de convivência humana, em que se propagam os valores de liberdade e igualdade.<sup>16</sup>

À medida que esse processo de consolidação, expansão e aperfeiçoamento da proteção dos direitos humanos foi se desenvolvendo no cenário internacional, os direitos infantojuvenis foram recebendo forte influência. Esse fator foi um importante marco na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, expandindo o entendimento que as crianças e adolescentes são detentores de direitos e cuidados especiais.

Nessa perspectiva de reconhecimento de direitos, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou em 1959 a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que a identifica como sujeito de direitos, demandando proteção específica. O documento estipulou diversos princípios, dentre eles, “proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual; educação gratuita e compulsória; prioridade em proteção e socorro; proteção contra negligência, crueldade e exploração; proteção contra atos de discriminação.”<sup>17</sup>

Salienta-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/92, que além de reafirmar a necessidade de se conferir proteção diferenciada aos infantes, impôs essa responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado.<sup>18</sup>

Vinculada a essa perspectiva de expansão internacional dos direitos humanos e no conjunto de princípios e valores morais que foram se constituindo, a proteção quanto a crianças e adolescentes veio a se fortalecer, tendo isso como base para a elaboração de diversos tratados internacionais que visavam garantir formas de proteção adequada.

Nesse contexto, foram editadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil ou Regras Mínimas de Beijing, aprovada em 1985, com o

---

<sup>16</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

<sup>17</sup> Loc. cit.

<sup>18</sup> Loc. cit.



fito de lançar diretrizes para a Justiça especializada que lida com processos envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei,<sup>19</sup> garantindo-lhes dignidade e proteção.

Finalmente, foi aprovada, pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, que adota a Doutrina da Proteção Integral e se destaca por ser o principal documento internacional que modifica, de forma significativa, o contexto de situação irregular. Além de retomar todos os direitos e garantias dispostos nas declarações e tratados anteriores, a Convenção consigna sua natureza coercitiva para os Estados signatários.<sup>20</sup>

### 1.3 Doutrina da Proteção Integral no Brasil

A Doutrina da Proteção Integral foi fruto de um processo evolutivo longo e que passou por intensas modificações e aperfeiçoamentos, necessitando de uma união de esforços e conquistas em prol da proteção da infância. Ela significou o marco de rompimento com a Doutrina da Situação Irregular, que perdurou por um extenso período.

A situação predefinida de irregularidade da criança e do adolescente, que permeava a antiga Doutrina da Situação Irregular, possuía um caráter filantrópico e assistencial, concentrava no Poder Judiciário somente a ação de correção e regularização da situação do menor, o qual era representado basicamente pelo binômio abandono-delinquência. Isto era reflexo, principalmente, dos filhos de famílias pobres, vindas do interior e periferias, que eram objetos de controle social e medidas judiciais, resultando em omissões em diversas áreas condicionantes de uma vida digna de subsistência.<sup>21</sup>

A referida doutrina rompe com esse padrão, eliminando o instituto jurídico do “menor”, e se inspira nos valores e compromissos consolidados, principalmente, na Convenção Sobre os Direitos da Criança, a qual o Brasil é signatário. Essa agora se caracteriza por ter caráter de política pública e que dispõe de um sistema garantista de direitos. Trata-se de um novo

---

<sup>19</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54.

<sup>20</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o art.5º, §3º, da CRFB/88, que dispõe: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

<sup>21</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Op. cit. p. 51.

modelo, democrático e participativo, no qual não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da antiga doutrina, mas de todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, detentoras de direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento.<sup>22</sup>

Rompe-se definitivamente com o modelo adotado pelo Código de Menores, consagrando no ordenamento jurídico pátrio o sistema garantista da Doutrina da Proteção Integral. Passa a vigorar no texto constitucional o artigo 227, o qual elevou crianças e adolescentes à condição de sujeitos de direitos e titulares de direitos fundamentais. Eles agora são vistos em conformidade com sua situação peculiar de seres em desenvolvimento que demandam atenção e cuidados especiais, com absoluta prioridade, por parte da família, da sociedade e do Estado, em suas três esferas de Poder.

Destaca o magistrado do estado de Minas Gerais, Dr. Geraldo Claret de Arantes, em sua análise sobre o histórico da Doutrina da Proteção Integral:<sup>23</sup>

As ideologias da revogada Escola Menorista e da nova Doutrina da Proteção Integral: O Estatuto da Criança e do Adolescente é um feixe de direitos das crianças e adolescentes e deveres dos adolescentes, dos adultos, das instituições e do Estado, regulando a Doutrina da Proteção Integral, tutelada pela Organização das Nações Unidas, recepcionada em nossa legislação especialmente pelo art. 227 da Constituição Federal e que veio a substituir a Doutrina da Situação Irregular, do revogado Código de Menores de 1927. O código revogado, que deu suporte à chamada “escola menorista”, destinava-se a mendigos, abandonados, infratores, andarilhos, e outras crianças e adolescentes, sempre denominados “menores”, que estivessem “em situação irregular”. [...] No plano jurisdicional, a doutrina da situação irregular refletia-se em toda a sua plenitude, dando ao então Juiz de Menores a escolha do que “a seu prudente arbítrio” fosse o melhor para o “menor”, ao arrepio do devido processo legal, o que incluía até mesmo sua prisão dentro dos limites dos “muros contedores” até os vinte e um anos de idade, “para sua proteção”. [...] Com a democratização do país a Doutrina da Proteção Integral foi, ainda que tardiamente, recepcionada pela Constituição Federal, em seu art. 227, regulado pela Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Hoje, substitui-se o regime do “prudente arbítrio” pelo Estado Democrático de Direito. [...] A partir da recepção pela legislação brasileira da referida doutrina, o foco do direito centra-se prioritariamente na criança e no adolescente.

Com o objetivo de regulamentar e implementar esse novo modelo institucional, foi promulgada a Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sustentada

<sup>22</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56-57.

<sup>23</sup> ARANTES, Geraldo Claret de. Estatuto da Criança e do Adolescente – Manual do Operador Jurídico. Belo Horizonte: ANAMAGES – Associação Nacional dos Magistrados Estaduais, 2008, *apud* CERQUEIRA, Thales Tácito. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente – Teoria e Prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 19-21.

na Doutrina da Proteção Integral e que se contrapõe historicamente a um passado de controle e exclusão social. O ECA é a mais ampla expressão de direitos da população infantojuvenil brasileira, uma vez que afirma o valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano, a necessidade de respeito a sua condição de pessoa em desenvolvimento, o valor inerente à infância e adolescência de continuidade de uma nação e o reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade, o que as torna merecedoras de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, devendo esse atuar mediante políticas públicas e sociais na promoção e defesa de seus direitos.

Como visto, a referida lei tem o preceito de dar efetividade plena e eficaz à norma constitucional que garante os direitos da criança e do adolescente, e nas palavras de Andreia Rodrigues (2015):<sup>24</sup>

[...] o Estatuto é um microsistema aberto de regras e princípios, fundado em três pilares básicos: 1) criança e adolescente são sujeitos de direito; 2) afirmação de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e, portanto, sujeito a uma legislação especial; 3) prioridade absoluta na garantia de seus direitos fundamentais. [...] Trata-se de um tipo aberto, conforme a melhor técnica legislativa, que permite ao Juiz e operadores da rede uma maior liberdade na análise dos casos que ensejam medidas de proteção.

Nesse sentido, também afirma:<sup>25</sup>

Com o fim de garantir efetividade à doutrina da proteção integral, a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, por meio de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos e abuso, e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil.

Verifica-se nos pilares de sustentação do novo sistema vigente, que houve uma forte mudança na ação do Estado, em que todos os órgãos do Poder Público estão vinculados. Torna-se imperativo, pois, a elaboração de planos, nas áreas executiva, legislativa e judiciária, de atuação para a articulação de estratégias de transformação e de sustentação do sistema garantista de direitos da criança e do adolescente.

---

<sup>24</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

<sup>25</sup> Loc. cit.

Sendo assim, com a consolidação do novo sistema constitucional garantista de direitos infantojuvenis, a Doutrina da Proteção Integral vai estabelecer, através do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma série de medidas de atuação protetiva, sendo norteadas, sobretudo por princípios.

## 2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, consagraram-se, a partir da Doutrina da Proteção Integral, princípios orientadores que servirão de base e instrução para a compreensão do novo sistema dos infantes. A partir disso, faz-se necessário examinar e expor as condições de aplicação de um princípio e o grau de influência que ele pode exercer.

### 2.1 O valor jurídico do princípio

A nova era constitucional, edificada sobre o Princípio da Dignidade Humana, enaltece a relação entre valores, princípios e regras. Os princípios e a supremacia dos direitos fundamentais tornam-se um comando imperativo, característico da Constituição brasileira de 1988.

É notório que os princípios possuem grande relevância para o ordenamento jurídico, tendo em vista que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito. Destaca-se aqui que o contexto pós-Segunda Guerra Mundial representou para o Direito a superação do positivismo jurídico, marcando o retorno para a importância dos valores, ideais de justiça e de humanidade.<sup>26</sup> Reflexo disso são os diversos valores fundamentais difundidos por toda a Carta Constitucional como base de orientação para tomada de decisões, formas de organização e atuação política do Estado.

Com a nova interpretação constitucional, pode-se dizer que as normas constitucionais, por seu conteúdo aberto e principiológico, não se resumem a um sentido único e de alcance limitado. O que se deve destacar é que o relato de uma norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. Depreende-se, assim, à vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados, é que muitas vezes será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2003, p. 5.

<sup>27</sup> Loc. cit.

Tem-se, pois, que o pós-positivismo incluiu a relação entre valores, princípios e regras, sob a nova hermenêutica constitucional, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte de um ambiente de reaproximação entre Direito e Ética, característico do pós-positivismo.<sup>28</sup>

Pode-se dizer que o ordenamento jurídico, portanto, estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção e/ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. Sob a forma de princípios, os valores morais e éticos passam a ser as ideias centrais da Magna Carta, onde o constituinte consagrou, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana, entendido como valor fundamental e a base de decisões no âmbito jurídico, ao mesmo tempo em que a aplicação de determinadas normas depende da colaboração conjunta do intérprete da lei.

Nessa esteira o Estatuto da Criança e do Adolescente, além de estruturar e dispor os seus direitos, incorporou em seu texto uma base principiológica que direcionam as tomadas de decisões no universo dos infantes.<sup>29</sup> Com isso, seu escopo tem a pretensão de estabelecer prioridades através de seu papel dirigente de proteção especial aos infantes, prevendo uma série de princípios. Dessa forma, por meio dos princípios, os valores fundamentais almejados e as ações políticas devem ser tomados com base neles.

Como já destacado, o ECA foi construído e almejado dentro de uma conjuntura político-social de resgate e consolidação da democracia e dos direitos humanos. Com o fim de regular e positivizar os direitos fundamentais conquistados na Magna Carta, essa lei vai regular os direitos dos infantes sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral.

Como constatado, a supracitada lei é, sobretudo, principiológica, sendo dotada de diversos princípios que vão permear e orientar todo o arcabouço jurídico do sistema de

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2003, p. 9.

<sup>29</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

proteção infantil brasileiro. A doutrina a classifica como um sistema aberto de regras e princípios<sup>30</sup>, que são espécies de normas. Conforme entendimento de Canotilho (1993):<sup>31</sup>

[...] os princípios são normas jurídicas impositivas de uma ‘otimização’, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos ‘fáticos’ e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida; a convivência dos princípios é conflitual; a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de ‘otimização’, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do “tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Os princípios, nesse sentido, passaram a ocupar papel central no ordenamento jurídico pátrio, dada a natureza necessariamente principiológica do texto constitucional, sobretudo das normas que estipulam direitos fundamentais.

Robert Alexy (2015) registra as distinções entre princípios e regras no que tange às normas de direitos fundamentais, as quais possuem caráter principiológico e são referências como regra, pois sua previsão é constitucional, estando dotada de imperatividade. A distinção entre regras e princípios seria uma distinção entre duas espécies de normas, e que desempenha um papel importante no contexto dos direitos fundamentais.

As regras seriam normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos, não dando margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção, ou seja, enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Já os princípios seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

<sup>31</sup> CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 168-169.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85-90.

É sabido que será norma constitucional tudo aquilo que estiver disposto em seu texto. E como já exposto, a consagração constitucional dos Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta através da norma imperativa disposta no artigo 227 da CRFB/88, que prevê uma série de direitos fundamentais na seara infantojuvenil, tem como premissa almejar opções políticas fundamentais e ações vinculantes para todas as esferas do Poder Público, pautando-se também sob o Princípio da Dignidade Humana.

Para Ana Paula de Barcellos (2008), princípios constitucionais são dotados de superioridade hierárquica, fundamentando e vinculando todas as ações do Estado ao fazer cumprir o que manda a Constituição Federal. Corrobora para o entendimento:<sup>33</sup>

É que o constituinte, além de fixar a dignidade como princípio central do Estado, juridicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de outros princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo e explicitar os efeitos que dele devem ser extraídos.

O ECA, que é um desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana<sup>34</sup>, possui três princípios gerais que irão nortear todo o seu texto. São eles: Princípio da Prioridade Absoluta, Princípio do Superior Interesse e o Princípio da Municipalização<sup>35</sup>, que serão explicitados nas próximas subseções.

Fato é que, em uma ordem democrática, os princípios podem vir a entrar em colisão, apontando direções diversas. Por essa razão, Alexy vai defender que sua aplicação deverá se dar mediante a ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete, que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial, irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. Daí decorre a ideia de que os direitos fundados em princípios são direitos *prima facie*, isto é, à primeira vista é garantido, mas pode vir a passar por um processo de ponderação por parte do intérprete.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

<sup>34</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61

<sup>35</sup> Loc. cit.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Net**, Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do



Sem pretensões de exaustividade, a maior parte da doutrina brasileira compreende princípios como normas jurídicas. E tanto as regras como os princípios devem nortear o intérprete na aplicação do direito, devido a sua normatividade e vinculatividade<sup>37</sup>, consagrando o princípio como a racionalidade do sistema normativo.

Em sua proposta de distinção entre regra e princípio, Barcellos (2008) enfatizou que:<sup>38</sup>

As regras são enunciados que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos. [...] Princípios descrevem efeitos relativamente indeterminados, cujo conteúdo, em geral, é a promoção de fins ideais, valores ou metas políticas. E essa indeterminação, ainda que relativa, decorre de a compreensão integral do princípio depender de concepções valorativas, filosóficas, morais e/ou de opções ideológicas.

O artigo 227 da CRFB/88, ao mesmo tempo em que é uma norma constitucional estruturada por regras e princípios, é uma norma de direito fundamental, haja vista o seu conteúdo prevendo os direitos aos quais as crianças e adolescentes serão assegurados.

As normas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente serão interpretadas à luz de todos os princípios consagrados que servem de base para a proteção jurídica infantojuvenil. E a norma constitucional criada para dar proteção jurídica aos infantes tem a aptidão de produzir os efeitos que lhe são próprios, a fim de alcançar sua eficácia jurídica. Pode-se dizer que sua efetividade está relacionada à produção concreta de efeitos, visando cumprir a finalidade e função social para a qual foi criada.

Nessa linha de raciocínio, a imperatividade de um comando busca um efeito pretendido pelo dispositivo jurídico, que é capaz de impor a realização desse efeito de forma coativa. O efeito pretendido pela norma e sua consequente eficácia jurídica leva a cabo fazer o uso de tutela capaz de impor seu cumprimento. Dessa forma, deverá o intérprete demonstrar o fundamento racional que legitima sua atuação. Dos ensinamentos de Humberto Ávila (2005), “a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários a sua realização.”<sup>39</sup>

---

Estado do Rio de Janeiro, p. 7. Disponível em: [http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf). Acesso em: 07 maio 2017.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 294.

<sup>38</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 63.

<sup>39</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

Sendo assim, os princípios do ordenamento jurídico brasileiro devem ser preservados, buscando o fim a ser realizado com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

A Constituição brasileira, assim como os documentos internacionais de proteção infantojuvenil, asseguraram os Princípios da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta como norma a ser cumprida, onde a proteção, com prioridade absoluta, é uma obrigação do Estado, dada a qualificação especial dos direitos assegurados à população infantojuvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem jurídica com primazia sobre quaisquer outros. Em decorrência das novas normas constitucionais estabelecidas a partir de 1988, que preconizam um novo paradigma em relação à infância e juventude, tornou-se imperativa a efetivação de seus direitos fundamentais face aos princípios expostos.

## 2.2 Princípios específicos de proteção da criança e do adolescente

Sob a égide da Doutrina da Proteção Integral, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, a garantia do desenvolvimento infantojuvenil foi inserida no texto constitucional com a proposta de que, com absoluta prioridade, serão garantidos os direitos da criança e do adolescente.

A Doutrina da Proteção Integral possui um viés eminentemente principiológico, proporcionando que os direitos das crianças e adolescentes sejam analisados sob uma perspectiva dinâmica, que se ajusta às mudanças trazidas pelos fatores sociais e históricos, assumindo, assim, um compromisso ético, jurídico e político com a proteção desses sujeitos de direitos. A partir de sua materialização no ordenamento jurídico nacional, a edição da Lei nº 8.069/90 incorporou os supracitados postulados constitucionais, regulando os direitos dos infantes e se embasando em princípios estruturantes e concretizadores das garantias constitucionais.

Acerca dos princípios balizadores dos direitos fundamentais infantojuvenis, três são os princípios gerais e orientadores do ECA: Princípio da Prioridade Absoluta; Princípio do Superior Interesse e Princípio da Municipalização.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup>AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

Constitucionalmente previsto, o Princípio da Prioridade Absoluta é detalhado no artigo 4º da referida lei, *in verbis*:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.  
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:  
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;  
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;  
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;  
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Certo é que quando na interpretação do texto legal, os interesses das crianças e adolescentes deverão se sobrepor a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, tendo em vista a situação peculiar de pessoas em desenvolvimento. Como bem frisa a doutrina, “ele não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte.”<sup>41</sup>

O Princípio do Superior Interesse tem o esteio, através do legislador e aplicador do Direito, de dar primazia às necessidades dos infantes como critério balizador de interpretação da lei, resolução de conflitos e elaboração de regras. É com base nesse princípio que, da análise do caso concreto, deve prevalecer a decisão que melhor atenda às necessidades e interesses da criança e do adolescente.

Tem-se, pois, que acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deverá se atender o referido princípio, devendo a decisão primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais infantojuvenis. À guisa de melhor elucidação, atender ao superior interesse “não é o que o julgador ou aplicador da lei entende o que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende a sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos direitos fundamentais em maior grau possível.”<sup>42</sup>

O Princípio da Municipalização é reflexo da reserva que o legislador constituinte fez ao descentralizar e ampliar a política assistencial através da atribuição concorrente dos entes da

---

<sup>41</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 61.

<sup>42</sup> Ibid. 70.

federação. À União foi atribuída a competência para dispor sobre as normas gerais e coordenação assistenciais, já nas esferas estadual e municipal, a execução dos programas de política assistencial.<sup>43</sup> Neste seguimento, o artigo 100, § único, inciso III do ECA determina que:

Art. 100. (...)

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais.

Partindo dos pressupostos da proteção integral e que se tratam de sujeitos dotados de peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, na prática, isso exige de cada um dos cidadãos e do Poder Público que coloquem crianças e adolescentes como prioridade de suas ações e preocupações, que deverão ser integrais – não importando em que área de atuação.

Além disso, o reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o Princípio da Universalização, segundo o qual esses direitos são suscetíveis de reivindicação e efetivação para todos os infantes.<sup>44</sup>

Ressalta-se que os direitos instaurados pela Constituição Federal em seu artigo 227 são de aplicação imediata, segundo o artigo 5º, parágrafos 1º e 2º:

Art. 5º. (...)

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Posto isto, significa dizer que os direitos fundamentais devem alcançar eficácia máxima, que em realidade, consiste em uma efetiva execução de tais normas em conjunto com os princípios norteadores da área infantojuvenil.

---

<sup>43</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 73.

<sup>44</sup> CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008, p. 11.

As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Ao ser inserido o artigo 227 da CRFB/88, a Doutrina da Proteção Integral passa a ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais sobre os Direitos da Criança e do Adolescente.

Princípios são referenciados como base, pilares do ordenamento jurídico e não apenas explicitam valores, mas indicam, indiretamente, espécies precisas de comportamentos. Eles abrangem parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão.

Desta forma, além de regras protetivas aos direitos dos infantes, existe um aparato principiológico capaz de legitimar todos esses direitos, já que através dos princípios, pretende-se criar condições para que o aplicador do direito não fique preso ao rigor literário da lei, mas que possa agir em cada caso concreto de acordo com a melhor conveniência para os interesses dos infantes.

### 3 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Para a efetivação de ordem material dos direitos fundamentais infantojuvenis, positivados constitucionalmente, são necessárias prestações positivas do Estado que podem vir a sofrer limitações em virtude da chamada Teoria da Reserva do Possível. Diante disso, pretender-se-á analisá-la desde sua origem e como ela vem sendo tratada no ordenamento jurídico brasileiro.

#### 3.1 A origem da expressão “reserva do possível”, suas aplicações e implicações

A Constituição Federal determina de forma expressa como princípio fundamental norteador do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana<sup>45</sup>. Atrelado a isto e a Doutrina da Proteção Integral, os infantes, como titulares de direitos e garantias, tiveram regulamentados no ECA uma gama de direitos fundamentais.

Resta claro, que a tutela constitucional da criança e do adolescente constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito e que a afirmação da prevalência dos direitos humanos representa a luta pela dignidade humana como princípio fundamental desse modelo constitucional.

Atrelado aos princípios já expostos, o dispositivo 227 da CRFB/88, ao estabelecer diretrizes para uma política pública que priorize crianças e adolescentes, traz à tona uma realidade social em que os direitos fundamentais infantojuvenis possuem sua efetividade dependente da ação do Estado. Na prática são vários os desafios que levam à eficácia plena dos direitos fundamentais do segmento infantojuvenil.

Nesse contexto, é forçoso perceber que a eficácia desses direitos demandam políticas públicas, o que leva, por conseguinte, gasto de recursos públicos. E como é sabido, a escassez de recursos exige do Estado escolhas, o que leva ao pressuposto de preferências. Dessa forma, revela-se como ponto central do debate a impossibilidade de a Administração Pública suprir todos os direitos previstos constitucionalmente, sem prejudicar a tutela de outro direito, em

---

<sup>45</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a dignidade da pessoa humana.”

especial aos infantes. O ponto que se revela é um tratamento acerca de relevância a ser dada pelo Poder Público.

Faz-se necessário, compreender a problemática de destinação de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, ideia intrinsecamente ligada à Teoria da Reserva do Possível.

O Estado Democrático de Direito tem o dever de efetivar os direitos fundamentais, e no que concerne às crianças e adolescentes, o legislador constituinte os consagrou especialmente no *caput* do artigo 227 da CFRB/88, quais sejam: 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.

A legislação ordinária, corroborando do entendimento consagrado constitucionalmente, prevê no seu artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros, meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Tal disposição reflete o contido no artigo 5º da CRFB/88, que ao conferir, a todos, a igualdade em direitos e deveres individuais e coletivos, logicamente os estende às crianças e adolescentes, destacando-se que a condição desse público como sujeitos de direitos torna obrigatória a necessidade de salvaguarda especial e tutela integral, cujo fator os torna destinatário de absoluta prioridade por parte do Estado na defesa e promoção de seus direitos fundamentais.<sup>46</sup>

Em todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Esse

---

<sup>46</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6. ed. Paraná: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, p. 5.

entendimento também se aplica na seara dos direitos sociais de cunho prestacionais, que devem ser dotadas de plena eficácia, tendo, portanto, direta aplicabilidade.<sup>47</sup>

Todavia, esses direitos, entendidos como direitos fundamentais, podem vir a sofrer mitigações em virtude da aplicação da Teoria da Reserva do Possível, entendida como a possibilidade de o Estado prestar determinados direitos dentro dos limites tidos como razoáveis no que concerne a recursos financeiros.

Nesse contexto, deve se ter em mente que direitos fundamentais, além de se referir a princípios que resumem a concepção de mundo e formam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é uma expressão que designa, no nível de direito positivo, as prerrogativas e instituições que eles concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todos os indivíduos.<sup>48</sup>

Como é cediço, os direitos fundamentais, englobando os direitos sociais, demandam uma realização concreta, fazendo do Estado um agente de suma importância para essa concretização. Sarlet (2009), discorrendo sobre o tema, apresenta suas considerações acerca dos direitos prestacionais e o limite da Reserva do Possível e, em que pese o fato dos direitos sociais, que são fundamentais, terem por objeto, em regra, prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação e distribuição de recursos, todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva, e, por conseguinte, relevância econômica, já que para sua realização é necessário um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Sendo assim, não há de se negar que todos os direitos fundamentais podem implicar em um custo, seja ligado à própria existência e sobrevivência do Estado ou ligado à parte financeira pública.<sup>49</sup>

A Cláusula da Reserva do Possível tem sua origem na Alemanha através do desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que ao decidir o

---

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19.

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176-180.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 285.



paradigmático caso *numerus clausus*<sup>50</sup> (BVerfGE 33, 303)<sup>51</sup>, firmou entendimento que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

O caso versa sobre uma demanda judicial ajuizada por estudantes que não foram aceitos em Universidades de Medicina de Hamburgo e Baviera, em razão da política alemã de limitação de vagas em cursos superiores<sup>52</sup>. A pretensão foi embasada no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã que dispõe que “todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional. O exercício profissional pode ser regulamentado por lei ou com base em lei”.<sup>53</sup>

O julgamento do processo se deu sob a análise da constitucionalidade, em controle concreto, de normas de Direito Estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de Medicina por volta de 1970. A admissão ao curso universitário seria em decorrência do direito à livre escolha da profissão e do local de ensino, associado, ainda, aos princípios da Igualdade e do Estado Social.<sup>54</sup> Tem-se, pois, que uma limitação ao acesso à Universidade configuraria ofensa ao direito à liberdade profissional, bem como afetar a escolha do local de formação, e, por conseguinte, a escolha da própria profissão.

A Corte Constitucional Alemã entendeu ser possível restringir o acesso aos cursos de Medicina, uma vez que o direito à prestação positiva – o número de vagas nas Universidades – estaria submetido à Reserva do Possível, firmando o seguinte posicionamento:<sup>55</sup>

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início, restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade. [...] Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a

<sup>50</sup> Para conferir no idioma original, ver a decisão em sua íntegra. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>. Acesso em: 26 maio 2017.

<sup>51</sup> BVerfGE é a abreviação de Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (decisões do Tribunal Constitucional Federal).

<sup>52</sup> Schwabe, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656.

<sup>53</sup> No original: Artikel 12 [Berufsfreiheit](1)Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungs- stätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

<sup>54</sup> Schwabe, Jürgen. Op. cit. p. 659.

<sup>55</sup> Schwabe, Jürgen. Op. cit. p. 663.

cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social.

A partir disso, a expressão “Reserva do Possível”<sup>56</sup> consolidou-se na doutrina e jurisprudência alemãs no sentido de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros do Estado, cuja condição estaria submetida à discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares<sup>57</sup>, ou seja, mesmo o Poder Estatal dispondo de recursos não necessariamente irá empregá-los para o cumprimento de determinada obrigação, tendo em vista que esta deve estar nos limites do razoável, cuja análise está submetida à ponderação tanto do legislador quanto do julgador, este quando numa eventual prestação reclamada.

A Corte Alemã aduziu que as limitações absolutas de admissão seriam constitucionais desde que atendidos alguns pressupostos, enfatizando que as restrições, veiculadas por meio de lei ou com base em lei, sejam fixadas apenas nos limites do estritamente necessário, após a utilização de toda a capacidade de ensino existente, e que a escolha e a distribuição das vagas ocorram segundo critérios racionais, com igual chance para todos os candidatos qualificados ao ensino superior.<sup>58</sup>

Desse modo, verifica-se que a ideia da Reserva do Possível para o Tribunal Constitucional Alemão não se relaciona necessariamente com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira, mas com o que é racional e razoável o indivíduo exigir do Estado frente às necessidades da sociedade. Sendo, então, um limite às pretensões dos indivíduos no âmbito dos direitos sociais que exigem prestações positivas estatais, com base em um critério de proporcionalidade.<sup>59</sup> O indivíduo deverá, então, tolerar os limites impostos aos seus direitos através da ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível.

<sup>56</sup> No original: Der Vorbehalt des Möglichen.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

<sup>58</sup> Schwabe, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, P. 664.

<sup>59</sup> Ibid. p. 665-666.

### 3.2 A Teoria no Brasil

A construção teórica da Reserva do Possível, que se consagrou no Tribunal Constitucional da Alemanha, difundiu-se, levando a uma Teoria da Reserva do Possível, que justificaria a existência de limitações à efetivação de direitos sociais. A doutrina brasileira incorpora tal teoria ao ordenamento jurídico, estabelecendo a relação entre Reserva do Possível e disponibilidade financeira.

O posicionamento de alguns autores, como Ana Paula de Barcellos (2008) é no sentido de que a expressão “procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”<sup>60</sup> Dessa forma, entende que há duas espécies diversas de fenômenos, dividindo a Reserva do Possível em fática e jurídica. Enquanto a primeira espécie estaria ligada à inexistência fática de recursos financeiros, a segunda seria a respeito da previsão orçamentária para determinada despesa em particular.<sup>61</sup>

Nessa esteira, ante o Estado Constitucional e Democrático de Direito, a autora supracitada expõe que a ação do Poder Público está juridicamente vinculada e subordinada à Carta Magna, mas considera que nem todas as iniciativas e atos das autoridades já estejam previamente determinados. Posto isto, a gestão de recursos financeiros envolve a obtenção e o dispêndio, de forma que deve procurar a realização de fins e o alcance de objetivos, ressaltando a vinculação jurídica de que as prioridades são eleitas pelo constituinte originário, que por sua vez deve fazer cumprir as metas e objetivos fundamentais que guarda relação intrínseca com a promoção e preservação da dignidade da pessoa humana.

Ademais, esse compromisso também é em decorrência do dever assumido internacionalmente através dos vários tratados internacionais que discorrem acerca de implantação de medidas que visam garantir, nos planos econômico, político e social, o pleno exercício de direitos e garantias fundamentais.<sup>62</sup> Enfatiza-se aqui a já citada Convenção

---

<sup>60</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 261.

<sup>61</sup> Ibid. p. 262.

<sup>62</sup> Ibid. p. 268.

Internacional sobre os Direitos das Crianças<sup>63</sup>, na qual obriga os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos dispostos em seu texto.

Sarlet (2013), por sua vez, discorrendo sobre o tema, apresenta suas considerações de que a Reserva do Possível apresenta uma dimensão tríplice, quais sejam: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação. Por conseguinte, pressupõe que a relação de todos esses aspectos entre si guarda vínculo com outros princípios constitucionais, exigindo um sistema constitucionalmente adequado para que, às vistas da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, também sirva de garantia para os direitos sociais de cunho prestacional.<sup>64</sup>

Ao lado do aspecto econômico, em que deve ser tomada uma decisão que depende da conjuntura socioeconômica global, e o fato de que os critérios dessa decisão ficam a cargo dos órgãos políticos competentes para a definição das políticas na esfera socioeconômica, e ao legislador competiria os planos econômicos, políticos e sociais, garantir as prestações integradoras dos direitos,<sup>65</sup> o referido autor insere o aspecto da razoabilidade e proporcionalidade, que deverá dirigir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, atuando como parâmetro de controle nos atos do Poder Público, que deverá observar os critérios de: “adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação do custo-benefício)”.<sup>66</sup>

A partir disso, vem à tona a problemática que muitos apontam para um custo dos direitos, ou seja, abre-se margem a uma crise de efetividade vivenciada principalmente pelos

---

<sup>63</sup> Foi promulgada pelo Decreto Legislativo nº 99.710/90, veja-se o artigo 4º: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.”

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30.

<sup>65</sup> Loc. cit.

<sup>66</sup> Ibid. p. 33.

direitos fundamentais, tendo em vista que estes estão diretamente ligados aos recursos disponíveis para o atendimento de demandas em forma de políticas públicas, cuja deliberação é dependente de mecanismos de gestão democrática do orçamento público, bem como o próprio processo de administração das políticas públicas no geral, que depende da atuação do legislador. Outrossim, o Poder Judiciário, através de demandas que visam à efetivação de direitos, também assume responsabilidade na efetivação de direitos fundamentais, uma vez que ao julgar determinada demanda de cunho prestacional, a otimização do direito subjetivo a determinada prestação social estará subordinada ao julgador, que analisará o caso concreto à luz da condição de recursos disponíveis.

### 3.3 A garantia do núcleo essencial

Os direitos sociais possuem uma vinculação com a garantia de um mínimo existencial. Ressalta-se que a noção de que um direito fundamental está atrelado às condições materiais que devem assegurar uma vida com dignidade tem seu desenvolvimento dogmático na Alemanha.<sup>67</sup>

As discussões iniciais em torno da garantia do mínimo indispensável para uma vida digna têm destaque após a entrada em vigor da Lei Fundamental Alemã de 1949, na qual a doutrina e jurisprudência desenvolveram a ideia de que o Princípio da Dignidade Humana requer um mínimo de segurança social, haja vista que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da vida humana restaria comprometida, não podendo ser reduzida à mera existência. Com o tempo, o Tribunal Constitucional Alemão consagrou o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna, resultando no reconhecimento de *status* constitucional, bem como o entendimento de que a garantia dessas condições mínimas integra o conteúdo primordial do Princípio do Estado Social de Direito.<sup>68</sup>

Sarlet (2013), abordando a temática, enfatiza que, embora não tenha previsão no ordenamento jurídico pátrio brasileiro consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se pode olvidar que a garantia a uma existência digna está implícita nos

---

<sup>67</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20.

<sup>68</sup> Loc. cit.

princípios e objetivos da ordem constitucional econômica<sup>69</sup> (artigo 170 da CRFB/88)<sup>70</sup>. Segue esclarecendo que o mínimo existencial “é compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna.”

Nessa linha, Ana Paula de Barcellos (2008) entende que “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, a qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica.”<sup>71</sup>

Nesse contexto, deve ser destacado que o mínimo existencial tem sido considerado o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este que deve ser protegido contra toda e qualquer intervenção com pretensão destrutiva.<sup>72</sup>

O mínimo existencial se desdobra, então, no sentido de que a comunidade estatal deve assegurar as condições mínimas para uma existência digna, ou seja, o indivíduo tem o direito de ter uma vida que corresponda às exigências do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por outro lado, assevera Sarlet (2013) que no concernente à proteção e implementação do mínimo existencial, existe uma gama variada de posicionamentos a respeito das possibilidades e limites de seu conteúdo. O que compõe o mínimo existencial requer uma análise à luz das necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, de modo a guiar o intérprete, e não meramente alegar o instituto genericamente para não reduzi-lo a um mínimo de mera sobrevivência física.<sup>73</sup> Neste diapasão, a necessidade de efetivação do mínimo existencial deve estar atenta às circunstâncias concretas do indivíduo, num sentido que a tutela deve resguardar o direito a ser tratado em igualdade material, cabendo, portanto, ponderações conforme os fatos do caso.

---

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

<sup>70</sup> “Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”

<sup>71</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

<sup>73</sup> Ibid. p. 24-27.

Nessa perspectiva, deve-se considerar que os direitos sociais, ao demandar uma prestação positiva, têm necessária conexão com a dimensão econômica que são lhes são empregadas para sua efetivação de modo a sempre garantir um mínimo existencial.

### 3.4 Mitigação da Reserva do Possível em face do mínimo existencial

Da análise da Reserva do Possível, tem-se que a garantia de um direito fundamental deve ter como premissa central o mínimo existencial, que vai operar como parâmetro mínimo na efetividade desses direitos, impedindo tanto omissões quanto medidas de proteção e promoção insuficientes por parte dos atores estatais.

Nesse sentido, a fim de harmonizar a Teoria da Reserva do Possível, atenta ao fato de que os recursos financeiros do Estado são finitos e à efetividade dos direitos sociais, incluídos no rol dos direitos fundamentais e dotados de eficácia imediata, criou-se um consenso doutrinário de garantia do núcleo essencial a fim de relativizar a aludida Teoria. Essa garantia representa uma parcela mínima dos direitos sociais que não podem sofrer restrições por parte do Estado, nem sob o argumento da indisponibilidade financeira.<sup>74</sup> Dessa forma, chegou-se a uma inoponibilidade da Reserva do Possível em matéria de direitos integrantes do mínimo existencial.

A noção de mínimo existencial assume importância nas situações em que o Estado utiliza o argumento da Reserva do Possível para impor restrições à efetivação dos direitos fundamentais, isso porque o mínimo existencial será um limite àquilo que não poderá sofrer restrições, sob pena de inviabilizar a sobrevivência digna do titular do direito.<sup>75</sup>

Impende reconhecer que o Poder Público não goza de discricionariedade para entender onde deve se aplicar prioritariamente os recursos para atender os fins constitucionais ou investir o máximo dos recursos disponíveis naquilo que comprometer a existência digna. Não obstante a limitação de recursos existentes, a utilização do argumento da Reserva do Possível não deve ser meramente alegada, ela deverá apurar as condições mínimas de existência, e a

---

<sup>74</sup> MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. *Net*, p. 2. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KOjhfyk2oV8J:www.agu.gov.br/page/download/index/id/%25207306306+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 maio 2017.

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 18.

partir disso, deverá se estabelecer os alvos prioritários dos gastos públicos.<sup>76</sup> Diante disso, tal Teoria não poderá ser suscitada se transgredir as condições mínimas de sobrevivência digna.

Outro instituto que deve conviver com a Reserva do Possível, atuando também como delimitador do âmbito de discricionariedade dos agentes públicos é o Princípio da Vedação ou Proibição ao Retrocesso. Segundo esse princípio, ao Estado é vedado adotar políticas e medidas, ou derrogar direitos, que mudem para pior a situação alcançada pelos direitos fundamentais. Impõe-se, assim, não se aceitar nenhuma medida que possa suprimir direitos.

Para Luís Roberto Barroso (2003), do Princípio da Vedação ao Retrocesso se extrai que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico de tal maneira que não pode ser absolutamente suprimido, que ocasionaria o esvaziamento de um comando constitucional.<sup>77</sup>

Impende destacar que Alexy (2015) sustenta que os direitos sociais devem ser considerados direitos *prima facie* e que demandará ponderação com outros direitos, princípios e fatos existentes. O autor reporta-se ao mínimo existencial, visando demarcar a fundamentalidade material do direito e a sua exigibilidade, e sustenta que os direitos fundamentais sociais devem ser ponderados a partir de elementos como a Reserva do Possível e regras orçamentárias, a fim de verificar o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Para o autor, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre como uma cláusula de reserva, em que diante de um caso concreto, em uma eventual colisão de princípios, será resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes.<sup>78</sup>

Há certo consenso doutrinário nacional, apesar de haver opinião divergente<sup>79</sup>, a qual será trabalhada adiante, 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

<sup>76</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 271.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2003, p. 39.

<sup>78</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 116-117.

<sup>79</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 188.



realização do mínimo existencial, poderia justificar restrições aos direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade.<sup>80</sup>

Desse modo, quando estiver em discussão a concretização de um direito social visando o mínimo existencial, o argumento da Reserva do Possível não poderá ser suscitado pelo ente Estatal, pois este deve preservar um patamar mínimo à existência humana. A objeção da Reserva do Possível arguida, neste caso, acabaria por revelar a confissão de uma conduta inconstitucional por parte do Poder Público, pois se as condições elementares para a dignidade humana deixarem de ser asseguradas, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com os preceitos e fundamentos que regem um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>80</sup> FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2014. 14 f. Mestrado em Direito Constitucional. Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 7. Disponível em: [http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo\\_tese-28.pdf](http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-28.pdf). Acesso em: 20 maio 2017.

## 4 O JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A partir da Teoria da Reserva do Possível, faz-se necessário entender como a efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, com base nos Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta, tem se desdobrado no ordenamento jurídico brasileiro e o papel do Poder Judiciário nesse contexto.

### 4.1 Percepções e posicionamentos dos Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta pelo Judiciário Brasileiro

Como explanado, a prioridade dedicada aos infantes tem como objetivo realizar a proteção integral, que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no artigo 227, *caput*, da Constituição da República e no artigo 4º do ECA. Essa prioridade deverá ser assegurada pela família, sociedade e Poder Público.

Em todas as suas esferas – legislativa, executiva ou judiciária – o Poder Público deve respeitar e resguardar, com primazia, os direitos fundamentais infantojuvenis. Fato é que não se dá o devido cumprimento aos Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta. Nas palavras de Andréa Amim (2015), o fato comum é a destinação das verbas públicas para fins que não aqueles que demandam primazia constitucional.<sup>81</sup>

O Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando efetivar a prioridade absoluta constitucional que os infantes fazem jus, previu um rol mínimo de preceitos a ser seguidos buscando tornar realidade o texto constitucional.

E no que tange às políticas públicas, a discricionariedade do Poder Estatal estará limitada nas suas formulação e execução, tendo em vista a determinação legal em se assegurar prioridade nessa área para a população infantojuvenil. Com efeito, há um caráter preventivo

---

<sup>81</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

da Doutrina da Proteção Integral em buscar políticas públicas no nesse âmbito a fim de alcançar a efetividade de seus direitos fundamentais.<sup>82</sup>

Outrossim, a destinação privilegiada dos recursos públicos para a promoção dos interesses infantojuvenis deve ser dada a efeito quando na elaboração dessas políticas.<sup>83</sup> Nesse contexto, como bem afirma Andréa (2015), “não há colidência entre princípios orçamentários e o princípio da prioridade absoluta, pois, como o próprio nome já o diz, é absoluta, não cabendo qualquer relativização de seu conteúdo.”

Com o Princípio da Universalização, os direitos sociais, sendo como aqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, exigem uma postura proativa nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas. É nesse sentido que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista.<sup>84</sup>

Neste seguimento, também é a lição de Digiácomo (2013) ao comentar o artigo 4º, parágrafo único, “b” e “c” da Constituição brasileira:<sup>85</sup>

A clareza do dispositivo em determinar que crianças e adolescentes não apenas recebam uma atenção e um tratamento prioritários por parte da família, sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, mas que esta prioridade seja absoluta (ou seja, antes e acima de qualquer outra), somada à regra básica de hermenêutica, segundo a qual “a lei não contém palavras inúteis”, não dá margem para qualquer dúvida acerca da área que deve ser atendida em primeiríssimo lugar pelas políticas públicas e ações de governo. O dispositivo, portanto, estabelece um verdadeiro comando normativo dirigido em especial ao administrador público, que em suas metas e ações não tem alternativa outra além de priorizar - e de forma absoluta- a área infanto-juvenil, como vem sendo reconhecido de forma reiterada por nossos Tribunais. [...] Importante mencionar que, face o princípio jurídico-constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, o administrador público (que na forma do art. 37, da CF, está vinculado ao princípio da legalidade) fica obrigado a implementar as supramencionadas políticas públicas destinadas à garantia da plena efetivação dos direitos infanto-juvenis assegurados pela lei e pela Constituição Federal, não podendo invocar seu suposto “poder discricionário” para privilegiar área diversa, não amparada por semelhante mandamento constitucional.

<sup>82</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63.

<sup>83</sup> Artigo 4º do ECA: (...) “Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: (...) 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.”

<sup>84</sup> CUSTÓDIO, André Viana Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008, p. 11.

<sup>85</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6. ed. Paraná: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013, p. 6.

Conforme constatado por Renato Barão Varalda (2008), há inúmeras ações judiciais que buscam a tutela jurisdicional como uma das alternativas para forçar o Estado a cumprir suas obrigações, em face do desrespeito do ente Estatal à Doutrina da Proteção Integral e, em especial, ao Princípio da Prioridade Absoluta na garantia dos direitos estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal, cujo conteúdo teve seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança de 1989 (ONU). Evidenciando-se que esse público especial, com aspectos de subjetividade, por vezes não recebem o tratamento adequado, as demandas são levadas ao Poder Judiciário, acarretando no fenômeno da judicialização.<sup>86</sup>

Essa esfera de Poder tem cumprido papel importante na seara infantojuvenil, no sentido de assegurar a prioridade constitucional. Como já sabido, os direitos sociais são comumente identificados como aqueles que envolvem prestações positivas por parte do Estado, razão pela qual demandam investimento de recursos, nem sempre disponíveis. Por conseguinte, por ser, em regra, direta e imediatamente exigíveis ao Estado, muitas vezes, por via de ações constitucionais, o Poder Judiciário passa a ter papel ativo e decisivo na concretização desses direitos.<sup>87</sup>

O Judiciário tem atuado como interventor e transformador da realidade jurídica e social, garantindo e efetivando os direitos não assegurados pelos demais Poderes. Há que se destacar também que ele é um defensor da Carta Magna e do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual essa atuação tem se mostrado significativa, principalmente em face da inércia do Legislativo e do Executivo.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em sua jurisdição constitucional, manifesta-se no sentido de reconhecer a proteção aos direitos da criança e do adolescente, qualificado como um dos direitos sociais mais expressivos, cujo adimplemento impõe ao Poder Público a

---

<sup>86</sup> VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público da União, n° 26, jan./mar. 2008, p. 21.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Net**, Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, p. 5. Disponível em: <[http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf)>. Acesso em: 07 maio 2017.

satisfação de um dever de prestação positiva, e que se assim não for, restará comprometida a integridade e a eficácia da própria Constituição, aduzindo o que segue:<sup>88</sup>

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial. [...] da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente.

No Estado Social Democrático de Direito, o Judiciário deve estar alinhado com os objetivos e fundamentos constitucionais, não podendo mais se falar na neutralização de sua atividade. Ou seja, não se espera mais do Judiciário a sua não interferência, mas uma atuação proativa, a fim de fazer valer os fins previstos na Constituição. Dessa forma, essa esfera de Poder se encontra constitucionalmente vinculada à política estatal, de maneira que reflete no fenômeno da judicialização, que quer dizer que questões políticas e sociais não estão mais sendo decididas somente pelas instâncias políticas tradicionais – Executivo e Legislativo – mas também pelo Poder Judiciário.<sup>89</sup>

Inúmeras são as causas desse fenômeno. Algumas revelam uma tendência mundial, outras são oriundas do sistema institucional brasileiro. Luís Roberto Barroso (2008) aponta três principais causas da judicialização: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. O primeiro se refere à promulgação da Constituição de 1988 que recuperou garantias da magistratura e transformou o Judiciário em um verdadeiro poder político capaz de fazer valer a Constituição e a leis, inclusive em confronto com outros Poderes. Já a segunda causa diz respeito ao ambiente democrático que reavivou a cidadania, dando mais conscientização de direitos a diversos segmentos da população, que passaram então a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e Tribunais. Diante disso, à medida que um direito individual, uma prestação estatal ou

<sup>88</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 5. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016, p. 1482.

<sup>89</sup> RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Sociedade e Estado**, Rio de Janeiro, n° 44, p. 36-50, jan./jun. 2014, p. 41.

um fim público são transformados em normas jurídicas, uma pretensão jurídica se transforma e potencialmente pode ser protestada sob a forma judicial. E a terceira propõe que qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF através do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.<sup>90</sup>

Já que o Estado Constitucional de Direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais, estes são plenamente exigíveis mediante ação judicial, e o Judiciário, como uma esfera do Poder Público, tem o dever de realizar os direitos fundamentais, em consonância com os princípios constitucionais, em sua maior extensão possível, preservando, sobretudo, o seu núcleo essencial.

Há uma predominância significativa da atuação do Poder Judiciário na realização de políticas públicas no Brasil, especialmente nas áreas da saúde, educação e moradia.<sup>91</sup> E no que tange à preferência na formulação e execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude com o advento dos Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta, cuja observação é cogente pelos agentes do Estado com a possibilidade de tutela judicial desses direitos, o Judiciário, atento ao disposto no artigo 227 da CRFB/88, tem reconhecido essa prioridade constitucional, determinando intervenções judiciais sempre que instado em ações individuais e coletivas quando há certa omissão dos entes federativos responsáveis.<sup>92</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconhece que o Princípio Constitucional da Prioridade Absoluta à criança e ao adolescente estabelece um comando que vincula a Administração Pública, e que desta forma, pode ser compelido pela via judicial a implementar as políticas e programas de atendimento necessários à plena efetivação dos direitos àqueles assegurados.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Net**, 2008, p. 3-4. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 20 novembro 2016.

<sup>91</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 587.

<sup>92</sup> Ministério Público do Estado do Paraná – Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1262>. Acesso em: 28 abril 2017.

<sup>93</sup> Loc. cit.

André Viana Custódio (2008) destaca o papel que o Poder Judiciário tem assumido:<sup>94</sup>

[...] é chamado a assumir um novo papel mais comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais quando estes não estiverem ao alcance necessário à sua concretização. Isso não significa a absoluta individualização das responsabilidades com a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas a verdadeira ação compartilhada e complementar no sistema de garantias de direitos orientado pela integração operacional dos órgãos do poder público responsáveis pela aplicação do Direito da Criança e do Adolescente.

Eventualmente, quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes ou atua na ausência de manifestação expressa do legislador ou Administrador Público, quando este deveria tê-lo feito, depara-se inevitavelmente com o problema da justificação política ou da legitimação democrática de seu ato. É neste contexto que emergem as principais críticas ao fenômeno da judicialização.

Conforme observa Micheli Pereira em seu artigo<sup>95</sup>, a atuação do Judiciário na realização de políticas públicas é algumas vezes criticada por estar usurpando a competência do Legislativo e do Executivo, ferindo o Princípio da Separação de Poderes. Isso porque o Judiciário – dentro da concepção padrão da separação dos Poderes – deveria se limitar à aplicação das normas que disciplinam os direitos sociais, não lhe cabendo determinar a realização de políticas públicas, função que estaria dentro dos limites de competência do Legislativo e Executivo.

O que se tem observado é que na atual conjuntura constitucional, tem ocorrido a relativização desse princípio em virtude das contradições, incompatibilidades e omissões em que se encontra o Estado junto à realidade social em contraponto da posição em que se deve colocar para proteger os direitos sociais.<sup>96</sup>

Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos (2008) admite a legitimidade dos Tribunais, especialmente no tocante à determinação de prestações necessárias à satisfação do mínimo

---

<sup>94</sup> CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008, p. 16.

<sup>95</sup> PEREIRA, Micheli. O controle das políticas públicas no Brasil: o Judiciário como um mediador entre os poderes. **Net**, p. 24-25. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3b6fb0fd4df0981>. Acesso em: 24 maio 2017.

<sup>96</sup> RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Sociedade e Estado**, Rio de Janeiro, nº 44, p. 36-50, jan./jun. 2014, p. 45.

existencial, o qual corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna.<sup>97</sup>

Diante disso, quando os órgãos estatais competentes vierem a descumprir os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, comprometendo a eficácia dos direitos sociais em seu núcleo mínimo, atribui-se ao Estado-Juiz a competência para impor a execução das políticas públicas estabelecidas em lei, bem como tutelar direitos subjetivos a determinadas prestações.

#### 4.2 A efetividade preferencial dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes sob a égide da Teoria da Reserva do Possível

Ao assumirem caráter de normas positivas constitucionais, os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, conforme disposto no artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB/88.

Conforme ensina Bonavides (2008), os direitos fundamentais passaram a se manifestar na ordem institucional em três dimensões. Os direitos da primeira geração são os de liberdade, a saber, os direitos civis e políticos, revelando-se como os primeiros a constarem na ordem normativa constitucional e se caracterizam por ser aqueles que traduzem resistência ou oposição perante o Estado. Já os de segunda geração representam os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos, que por sua própria natureza, exigem do Estado determinadas prestações materiais, tendo o Brasil inserido em seu ordenamento o preceito da sua aplicabilidade imediata. A terceira geração de direitos é identificada pelos direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o de comunicação. Estes se caracterizam por tenderem à proteção da pessoa humana, expressando a afirmação de valor supremo da sua existência, reafirmando direitos e valores de grupos de pessoas mais vulneráveis, como o grupo infantojuvenil.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 254.

<sup>98</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 594-599.



À luz da interpretação dos direitos fundamentais e a nova hermenêutica constitucional já abordada, que acolheu no plano científico do Direito as considerações axiológicas, ou seja, a consideração de princípios e valores, reconheceu-se a eficácia normativa dos princípios.<sup>99</sup>

No que concerne aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, o legislador constituinte particularizou aqueles que se mostram indispensáveis à formação do indivíduo ainda em desenvolvimento, são eles: 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.<sup>100</sup>

Nesse sentido, a doutrina levanta a indagação se a Reserva do Possível pode vir a ser um limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais no âmbito da infância e juventude.<sup>101</sup>

Diante da necessidade de alocação de recursos públicos para a efetivação de direitos fundamentais direcionados às crianças e adolescentes que a Doutrina da Proteção Integral, que se funda em uma vertente axiológica voltada a uma proteção global e prioritária, defronta-se com a Cláusula da Reserva do Possível, pautada na disponibilidade financeira do Estado efetivar determinadas prestações. Chega-se a um embate entre o orçamento público e a proteção de crianças e adolescentes, preceituada como integral.<sup>102</sup>

Os direitos fundamentais, cuja concretização depende do Estado, podem vir a sofrer mitigações em virtude da aplicação da Reserva do Possível, vez que em virtude dessa teoria, a prestação do Estado, por meio de ações positivas, como as políticas públicas, demanda gastos financeiros, causando uma dependência de disponibilidade de recursos para a efetividade dos direitos fundamentais.

---

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 598.

<sup>100</sup> AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

<sup>101</sup> CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria e Prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 475.

<sup>102</sup> CATÃO, Mariana Camila Silva. Entre a doutrina da proteção integral e a reserva do possível: uma análise da problemática em torno da efetivação preferencial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 3, nº 1, jan./jun. 2012, p. 13.

Tem-se, pois, que a efetivação dos direitos fundamentais infantojuvenis possuem dependência da disponibilidade de recursos financeiros e ao poder conferido ao legislador ordinário de decidir sobre a aplicação e destinação desses recursos.

Do comando constitucional de prioridade absoluta, que compreende a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude, importante destacar que essa prioridade se deve à singular condição de vulnerabilidade em que crianças e adolescentes estão sujeitos, tendo em vista sua formação de seres ainda em desenvolvimento e que não possuem aptidão de enfrentarem, sozinhos, situações e exigências de uma sociedade. Sendo assim, caso o legislador não dê preferência a essas áreas, um modo arbitrário de dispor politicamente dos recursos não atende o comando imperativo da prioridade absoluta.

Ao se analisar a Reserva do Possível sob o viés dessa prioridade, depreende-se que os recursos públicos devem ser alocados observando esse preceito, vez que os direitos infantojuvenis devem ter sua efetivação garantida e priorizada desde o planejamento orçamentário.

Como sabido, sob a ótica de um Direito pautado em princípios, sendo estes norteadores de toda e qualquer interpretação jurídica, a questão de escassez de recursos sob esse enfoque leva à ideia de que a obrigação do Estado não se desfaz diante dessa escassez. Logo, é dever do Poder Público a prestação de direitos infantojuvenis com vistas a sua efetivação de maneira universal, prioritária e integral.

#### 4.3 A Teoria da Reserva do Possível: um obstáculo na concretização dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas

Diante do comando constitucional de prioridade absoluta, levanta-se a necessidade da análise do papel do Poder Judiciário frente ao amparo das pretensões positivas, verificando que essa esfera de Poder assume um papel de destaque na implementação das políticas públicas no âmbito infantojuvenil.

Primeiramente, convém destacar o conceito de políticas públicas, que para Barcellos (2013) é a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”<sup>103</sup>

Por conseguinte, como bem assevera a autora supracitada, os direitos fundamentais, por exigirem ações estatais, estão intimamente ligados à formulação de políticas públicas. Sendo assim, destaca a relação existente entre esses elementos:<sup>104</sup>

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

A importância do orçamento público nesse contexto se dá quanto aos objetivos, metas e programas constantes dos textos constitucionais que necessitam ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizem. Portanto, a noção de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado Social que surge por meio delas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e social.<sup>105</sup> Nota-se que não há como ignorar o fato da existência de recursos escassos para satisfazer uma demanda social, que por sua natureza é ilimitada, em que a aplicação e destinação de recursos públicos, com reflexos diretos na questão orçamentária, competem precipuamente ao Legislativo e ao Executivo.

O juiz federal Giovani Bigolin, ao analisar a eficácia dos direitos sociais ao limite imposto pela Reserva do Possível, comunga da opinião de que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos referidos recursos na esfera de competência do legislador, do administrador ou do julgador. Além disso, ao se constatar a existência de meios econômicos limitados e escassos, é

<sup>103</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 102.

<sup>104</sup> Id. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e o Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 15, jan./fev./mar. 2007, p.12.

<sup>105</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº 25, fev./mar./abril 2011, p. 2.

recorrente a arguição, perante o Poder Judiciário, da Reserva do Possível para se negar a prestação social eventualmente postulada.<sup>106</sup>

O que se percebe é que o emprego da aludida teoria tem sido utilizado como argumento impeditivo para implementação de políticas públicas e como desculpa genérica para omissão estatal de não cumprir a sua função de efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é também a percepção de Janaina Rabelo:<sup>107</sup>

A cláusula da reserva do possível tem sido utilizada como uma escusa apresentada pelos órgãos estatais para a não efetivação de direitos sociais. Neste azo, ressalvada a ocorrência de justo motivo, a ser auferido no caso concreto, a reserva do possível não pode ser invocada com a finalidade de exonerar-se, de forma dolosa, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, especialmente quando, dessa inércia governamental puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

A análise dos direitos declarados na Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças também corrobora para o entendimento sobre a limitação que a Cláusula impõe à efetivação de direitos fundamentais que, ao consagrar o interesse superior dos infantes, dispõe que os Estados-partes trabalharão em prol da implementação dos direitos declarados na presente convenção<sup>108</sup>. Nesse contexto, Varalda (2008) ressalta quanto à alegação da Cláusula:<sup>109</sup>

[...] A princípio, a referida cláusula poderia ser interpretada como uma forma de o Estado se recusar a implementar as políticas públicas necessárias, por questões orçamentárias, com a invocação da teoria da “reserva do possível”. No entanto, a referida cláusula de reserva deve ser invocada apenas quando os Estados-Partes tiverem esgotado todas as suas possibilidades de cumprir sua obrigação de buscar recursos necessários, seja por intermédio das políticas fiscais ou das financeiras.

<sup>106</sup> BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Net*, 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15658-15659-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 abril 2017.

<sup>107</sup> RABELO, Janaina da Silva. A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro: o papel do Poder Judiciário na defesa de direitos fundamentais. *Net*, Ceará, p. 2. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>. Acesso em: 03 abril 2017.

<sup>108</sup> O artigo 4º dispõe: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Partes adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis e, quando necessário, dentro de um quadro de cooperação internacional.”

<sup>109</sup> VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Boletim Científico*, Escola Superior do Ministério Público da União, nº 26, jan./mar. 2008, p. 19.

É preciso expor que, diante da omissão do Executivo e Legislativo na adequação ao interesse de prioridade na implementação de políticas públicas, é que se vê a necessidade do ingresso do Judiciário no resgate e na garantia dos direitos fundamentais preferencialmente positivados. Compartilha desse entendimento Barcellos ao afirmar que:<sup>110</sup>

[...] compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos. [...] É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependem de ações para sua promoção.

Por seu turno, expõe Varalda (2008) também que a concretização dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes se torna comprometida a começar pela falta de vontade política dos dirigentes do país:<sup>111</sup>

Diariamente, milhares de crianças e adolescentes do mundo inteiro e, em especial, do Brasil, são privadas do exercício da cidadania e veem seus direitos fundamentais sendo ameaçados ou violados justamente pela omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos. [...] O desrespeito começa justamente na falta de vontade política dos dirigentes do país em priorizar recursos orçamentários para a garantia desses direitos fundamentais. E marcante a desigualdade social e o desrespeito ao princípio da prioridade absoluta.

Cumprir frisar que o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente traz como norma de interpretação a necessária vinculação que o aplicador dessa lei tem quanto à observância dos fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar dos infantes de pessoas em desenvolvimento.<sup>112</sup> Nessa linha de raciocínio, reputa-se inadmissível que qualquer das disposições do Estatuto seja interpretada, tampouco aplicada, em prejuízo desse público, que como já visto, é destinatário de proteção integral por parte do Poder Público, inclusive do Judiciário.<sup>113</sup>

<sup>110</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e o Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 15, jan./fev./mar. 2007, p. 11.

<sup>111</sup> VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público da União, nº 26, jan./mar. 2008, p. 37.

<sup>112</sup> Veja-se o artigo 6º do ECA: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”

<sup>113</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6. ed. Paraná: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013, p. 10.

Consubstanciada na realidade jurídico-normativa de proteção integral e primazia de garantir todos os direitos assegurados constitucionalmente no âmbito infantojuvenil, e com base especificamente no artigo 227, parágrafo 7º combinado com o artigo 204, ambos da Constituição brasileira<sup>114</sup>, criou-se o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), composto por representantes do governo e da sociedade civil, através de organizações representativas, com o fito de deliberar, bem como controlar as ações da política de atendimento nas esferas federal, estadual e municipal.

Referido também no artigo 88, inciso II legislação ordinária<sup>115</sup>, o CONANDA representa uma quebra da discricionariedade estatal, uma vez que a sociedade, “quebrando a tradição de escolhas políticas, tão somente, pela cúpula do Poder Executivo, participa da gestão estatal, na definição de políticas vinculadas à população infantojuvenil.”<sup>116</sup>

Nessa esteira, ele deve ser engendrado como órgão do Poder Executivo com capacidade decisória em relação à infância e juventude, controlando todas as políticas públicas a nível nacional, estadual e municipal.<sup>117</sup> Poderá, pois, deliberar e fiscalizar as ações levadas a cabo pelo Poder Público que visem à criação e eficácia de programas, projetos e toda a assistência que se revelem necessários para aperfeiçoar, proteger e atender os direitos infantojuvenis.

Conforme exposto em capítulo anterior, Alexy (2015) sustenta que aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação, mas expressa a necessidade de ponderar este direito. Ele utiliza, portanto, uma concepção de reserva do possível diversa daquela empregada pela maior parte da doutrina brasileira, pois não a relaciona com a existência de recursos para a concretização

---

<sup>114</sup> “Artigo 227, § 7º. No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.” e “Artigo 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

<sup>115</sup> “Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: (...) II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais”

<sup>116</sup> TAVARES, Patrícia Silveira. Os conselhos dos direitos da criança e do adolescente, In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 465.

<sup>117</sup> Ibid. p. 473-477.

dos direitos fundamentais em geral, mas a necessidade de sopesamento do direito fundamental, assim como os princípios.<sup>118</sup>

O debate da doutrina brasileira em torno da Reserva do Possível pode ser dividido entre aqueles que concordam com o entrave à realização de direitos em razão da escassez de recursos, pois isso se traduz em um obstáculo à realização imediata de direitos fundamentais à medida que a cláusula é usada como justificativa para o não atendimento estatal de alguma demanda. Essa é a tese compartilhada por Krell<sup>119</sup>, na qual evidencia que admitir a Reserva do Possível coloca em risco a efetividade dos direitos fundamentais, além de levar à relativização de direitos invioláveis. Não sendo, pois, viável admiti-la em um país pobre como o Brasil, pois os entes públicos justificariam sua omissão social, condicionando a realização dos direitos sociais à aludida teoria. Defende, então, que se os recursos não são suficientes, deve retirá-los de outras áreas onde sua aplicação não está intimamente relacionada aos direitos mais essenciais do indivíduo.

E por outro lado, tem aqueles que veem essa cláusula como um óbice parcial à realização das demandas que versam sobre direitos fundamentais, pois ela não poderia impedir a realização judicial de direitos indispensáveis a assegurar o mínimo existencial.

Esse último entendimento é o defendido por Barcellos<sup>120</sup>, a qual sustenta que, quando se estiver em discussão a concretização de um direito social, deve se atentar ao mínimo existencial, e então, o argumento da Reserva do Possível não poderá ser suscitado pelo ente estatal, pois este deve atuar na preservação de um patamar mínimo à existência humana. A objeção da Reserva do Possível arguida, neste caso, acabaria por revelar a confissão de uma conduta inconstitucional por parte do ente estatal, pois se as condições elementares para a dignidade humana deixaram de ser asseguradas, é porque os recursos públicos existentes foram alocados em desacordo com as prioridades estabelecidas pela Carta Magna.

---

<sup>118</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserve do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 350.

<sup>119</sup> KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002, p. 51-57.

<sup>120</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 271-274.

Na mesma linha, Sarlet (2013) ressalta que o magistrado, em sua decisão, deve levar em consideração os princípios constitucionais, maximizando os recursos e minimizando o impacto da reserva do possível; deve exigir do Poder Público prova da falta dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações; considerar o critério do mínimo existencial como parâmetro para o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações bem como observar o critério da proporcionalidade.<sup>121</sup>

Dessa forma, entende que a Reserva do Possível não impede o Judiciário de zelar pela efetivação dos direitos sociais, mas deve avaliá-la com cautela e responsabilidade, consciente da realidade de recursos finitos e ao mesmo tempo atento de que a teoria não pode servir como barreira à realização do direito às prestações sociais, devendo ser assegurado ao indivíduo um padrão mínimo de segurança material, condizente com uma existência digna.

#### 4.4 Jurisprudência sobre o tema

Com o objetivo de analisar a construção jurisprudencial acerca da Reserva do Possível e a forma como vem sendo aplicada pelo Judiciário brasileiro no âmbito dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, examinar-se-á, a partir de julgados, a relação dos institutos em casos concretos. Para tanto, o direito fundamental à educação foi escolhido, a título de exemplificação e amostragem, para fins dessas percepções no âmbito jurisdicional.

Partindo do pressuposto de que a pesquisa e análise feitas acerca do tema não têm a pretensão de esgotar o assunto, tampouco resolver todas as dificuldades teóricas e práticas que os perpassa, mas de fomentar o debate e enaltecer a importância do tema, se mostrará como as decisões judiciais podem ter impacto e influência na efetividade dos direitos fundamentais da criança e do adolescente face ao embate de escolha das prioridades para aplicação dos recursos financeiros escassos do Estado.

O que se tem observado é o entendimento predominante de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas

---

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31-37.



assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao Princípio da Separação dos Poderes.<sup>122</sup>

Nessa linha de raciocínio, importante ressaltar que Daniel Wang<sup>123</sup>, após sua pesquisa de análise sobre o tema da Teoria da Reserva do Possível, verificou também que, à respeito da tutela jurisdicional dos direitos sociais por meio de uma ação judicial, postula-se ao Poder Judiciário que obrigue o Estado a efetivar um direito social previsto constitucionalmente, sendo a educação uma área corriqueira. Isto ocorre devido ao fato de haver constantes violações pela omissão do Poder Público, e a efetivação dos direitos sociais depender, em regra, da realização de políticas públicas e gastos públicos por parte do ente estatal.

O artigo 227 da Constituição combinado com o artigo 4º da Lei nº 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. Na mesma linha, os artigos 208, inciso IV da CRFB/88, combinado com o artigo 54, inciso IV da mesma lei infraconstitucional, assegura que é dever do Estado prestar atendimento em creche às crianças de zero a cinco anos de idade. Observa-se, nesse ponto, que a priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos ocupantes momentâneos dos Poderes Legislativo e Executivo, mas sim uma imposição da própria Carta Federal.

A seguir, seguem algumas decisões que confirma o tratado anteriormente.

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA

<sup>122</sup> RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Sociedade e Estado**, Rio de Janeiro, nº 44, p. 36-50, jan./jun. 2014, p. 52.

<sup>123</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 352.

INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.

(ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Essa primeira decisão trata de uma Ação Civil Pública em que a sentença obrigou o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência, com fundamentos nos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O juízo negou provimento ao recurso do Município, mantendo a decisão de efetivar o atendimento em creche e o acesso à pré-escola, que por seu efeito, revela a alta significação social de que se reveste a educação infantil e a obrigação constitucional de criar condições concretas para seu efetivo cumprimento.

Para tanto, no mencionado julgado compartilhou-se do entendimento de que há inocorrência de violação ao Princípio de Separação dos Poderes, pois a educação infantil, sendo um direito fundamental de toda criança, não está submetida, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de mero pragmatismo governamental. Enalteceu, ainda, que a Cláusula da Reserva do Possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas, definidas na própria Constituição. Dessa forma, a referida cláusula encontra insuperável limitação na garantia do mínimo existencial, só sendo ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível.

Sendo assim, firmou entendimento de que o Poder Público deverá atuar prioritariamente na educação infantil, notadamente no atendimento das crianças em creche, de modo que não poderão eximir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, de primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente.

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. (RE 464143 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00556 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 161-164)

Nessa decisão o agravante, Município de Santo André, alega, sem síntese, que decisões judiciais que determinam a matrícula de crianças em creches configuram indevida ingerência do Poder Judiciário no poder discricionário do Poder Executivo, bem como que a questão envolve orçamento do Erário Público, que por sua vez, necessita de dotação específica para a implantação dos meios necessários à concretização da medida pleiteada.

A Ministra Relatora negou provimento ao recurso, aduzindo que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento para reconhecer que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado criar condições que efetivem o acesso às creches. Sendo assim, solidificou-se o posicionamento de ser possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas.

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

(RESP nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4), Relator(a): Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010)

Em sede de Recurso Especial, no qual o recorrente, Município de Criciúma, alega que o acórdão estadual contrariou a forma com que o Estado deve garantir o direito à educação infantil, ou seja, ela estaria condicionada às políticas sociais e econômicas, dentro das possibilidades financeiras, bem como o cumprimento do Princípio da Separação dos Poderes.

Por sua vez, o Ministro Relator realçou que a regra é que, por atribuição constitucional, cabe ao Poder Executivo definir os programas de governo que serão tratados com prioridade. Contudo, há um núcleo de direitos que não pode, em hipótese alguma, ser preterido, pois constitui o objetivo e fundamento primeiro do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, pelo menos *a priori*, a Teoria da Reserva do Possível não pode ser oposta ao mínimo existencial. Logo, em um primeiro momento, ela não poderá ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas.

Com isso, observou o citado acórdão que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a Teoria da Reserva do Possível seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Pode-se notar, pois, que as decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de sua ausência. A tendência da doutrina e jurisprudência é a de garantir a intervenção do Judiciário na execução das políticas públicas nos casos em que se discute a aplicação efetiva dos direitos fundamentais sociais, bem como a preservação de um mínimo existencial e a obediência ao fundamento da dignidade da pessoa humana.<sup>124</sup>

Do exposto, tem se entendido que o processo de concretização do direito à educação infantil não se subordina à discricionariedade do Poder Público, vez que a educação constitui direito fundamental de cunho social e indispensável a todos, não podendo, por tais motivos, ser limitado pela Teoria da Reserva do Possível. Sua posição tem sido no sentido de reconhecer que o Judiciário pode realizar o controle de políticas públicas, a fim de fazer cumprir os fins que foram definidos na Constituição, seja para determinar medidas ao Executivo, seja para inibir omissões deste.

---

<sup>124</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº 37, fev./mar./abril 2014, p. 10.

## CONCLUSÃO

O Direito da Criança e do Adolescente surge no cenário brasileiro com o necessário reconhecimento de direitos fundamentais a esse público, sendo atribuído a estes direitos o *status* de prioridade absoluta, consoante os Princípios da Proteção Integral e Prioridade Absoluta, positivados na Carta Constitucional.

Buscando dar maior efetividade ao ordenamento jurídico constitucional protetivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, junto aos diversos Tratados e Convenções Internacionais atinentes à área, surge como norma disciplinadora da Doutrina da Proteção Integral e prevê um reordenamento político, econômico e social que resultou na consolidação de um sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente.

Os princípios estruturantes e concretizadores da Doutrina da Proteção Integral, com a necessária interdisciplinaridade nos planos político, econômico e social, apontam para transformações profundas no campo das concepções do Direito da Criança e do Adolescente.

Sendo certo que o rumo à concretização dos direitos fundamentais, principalmente os direitos sociais, ocorrerá, na prática, mediante a implementação de políticas públicas, embora haja diversas legislações protetivas, de cunho nacional e internacional, ainda é corriqueiro verificar grave violação dos direitos regulamentados às crianças e aos adolescentes, bem como deixá-los em segundo plano.

É diante da necessidade de alocação de recursos públicos para a implementação de políticas públicas que buscam a efetivação de direitos fundamentais direcionados às crianças e adolescentes, que a Doutrina da Proteção Integral se defronta com a Teoria da Reserva do Possível, pautada na limitação de aplicação de recursos financeiros ante o fato da sua escassez. Tem-se, então, um embate entre o orçamento público e a proteção de crianças e adolescentes, preceituada como prioritária.

Como foi observado, a Teoria da Reserva do Possível, passou a ser utilizada como principal argumento limitador às prestações estatais de cunho social, sobretudo perante o Poder Judiciário. A princípio, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo dispor sobre a aplicação e destinação dos recursos econômicos, bem como planejar e executar as políticas

públicas. Todavia, quando esses Poderes descumprirem os preceitos constitucionais e legais a eles impostos, comprometendo a eficácia dos direitos sociais básicos, atribui-se ao Poder Judiciário a competência para determinar a efetivação de prestações necessárias a garantir as condições mínimas à dignidade humana.

Nesse contexto, ao se observar a Reserva do Possível sob o viés do Princípio da Prioridade Absoluta, ela constitui um óbice à concretização dos direitos fundamentais infantojuvenis pelo Judiciário, pois se assegurou, constitucionalmente, a ideia de que os direitos infantojuvenis devem ser protegidos e supridos com total prioridade. Entretanto, isso não é cumprido, tendo em vista a alegação genérica por parte do Estado quanto aos recursos escassos a assegurar a todos um ótimo padrão de bem-estar social.

Assim, têm sido tarefa dos Tribunais assegurar a máxima eficácia possível aos direitos sociais, mediante a aplicação da Doutrina da Proteção Integral, e seus princípios concretizadores, em conjunto com a aplicação imediata dos direitos fundamentais, visando não privilegiar determinado indivíduo em detrimento, ainda que indiretamente, de toda a coletividade, mas sempre objetivando a preservação da condição especial da criança e do adolescente de seres em desenvolvimento, bem como a não prevalência do Estado suscitar a Cláusula da Reserva do Possível genericamente, como escusa de suas obrigações constitucionalmente atribuída.

Posto isto, na firmeza de um Estado Social Democrático de Direito, o Judiciário deve estar alinhado com os escopos e fundamentos que regem o ordenamento pátrio, bem como à realidade social brasileira. Ou seja, não se espera mais do Judiciário a sua não interferência, mas uma atuação proativa, a fim de fazer valer os fins previstos na Constituição.

Certamente que não cabe a essa esfera de Poder suprir todas as carências sociais, seja porque poderá não obter a efetividade pretendida, face à falta de condições materiais suficientes para tanto, seja em razão de que, eventualmente, a satisfação de uns implicará em negar o direito de outros. Contudo nessa nova ótica, a sua ação deve ser a de um agente de transformação da realidade social, principalmente quando ela não se apresentar compatível com a preservação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

Portanto, faz-se necessário abandonar a assertiva de que estaria ferindo o Princípio da Separação de Poderes quando o Judiciário determina o cumprimento das obrigações legais do Estado de implantar e efetivar políticas públicas, sendo certo que ocorre uma interpretação condizente com a realidade social.

Desta maneira, caberia ao Poder Judiciário o poder de revisão nos casos em que a implementação de políticas públicas não estivessem sendo cumpridas no que tange à destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas à infância e juventude, podendo determinar a realização de gastos públicos para a satisfação dos direitos fundamentais infantojuvenis.

Como os recursos são limitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público está sendo investido. Essas escolhas envolvem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser alcançados em caráter prioritário, que nesse caso o constituinte já delimitou o que seria prioritário: 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.

Nesse âmbito, cabe ao Poder Público respeitar a Doutrina da Proteção Integral, bem como aos Princípios da Prioridade Absoluta e do Interesse Superior nas opções de implementação de políticas públicas. Dessa forma, nos assuntos relacionados às políticas públicas destinadas à infância e juventude, o exercício da discricionariedade do administrador público torna-se limitado, sobretudo quando há omissão na concretude de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, cujos rumos foram traçados pelo próprio constituinte, e, por conseguinte, a ser cumprido pela Administração Pública.

Torna-se imperioso, pois, dar preferência à formulação e execução de políticas públicas que visam dar garantia e efetividade aos direitos dos infantes através do Poder Legislativo e Executivo. E uma vez que essas esferas de Poder não cumpram os objetivos e finalidades que a Constituição Federal os concedeu, caberá a atuação do Poder Judiciário, legitimamente constituído, para que aja em prol dos direitos fundamentais infantojuvenis, vinculando todas as esferas de Poder a reafirmar o compromisso com os valores das crianças e adolescentes.

Ademais, eles são detentores de atenção especial do Estado, tendo em vista a impossibilidade de defenderem seus direitos por si só, devendo a efetivação desses direitos ser prestada de maneira universal e observando a situação peculiar de seres em desenvolvimento em que se encontram. Logo, torna-se forçoso afirmar que a Cláusula de Reserva do Possível, ressalvado um justo motivo comprovado, não pode ser invocada pelo Estado para exonerar-se do cumprimento de sua obrigação constitucional, violando, dessa maneira, um direito fundamental.

As análises apresentadas neste estudo demonstram que as escolhas realizadas pelo Estado devem ser pautadas pela Constituição Federal, documento que estabelece os objetivos fundamentais que deverão ser satisfeitos pela autoridade estatal. E a vinculação dos gastos públicos aos objetivos constitucionais é lógica, devendo se abandonar posições extremadas de alegação da Reserva do Possível, ou seja, não se defende aqui a sua alegação para que o Estado se furte do cumprimento de suas obrigações a níveis especial e prioritário, característicos de um público em particular: as crianças e adolescentes.

Com base nessas considerações, é possível concluir um desenvolvimento teórico a respeito da importância especial dos direitos fundamentais sociais da criança e do adolescente sob o viés da Teoria da Reserva do Possível e dos institutos que lhe servem como limites, fornecendo parâmetros razoavelmente palpáveis para a adequada identificação do campo de discricionariedade dos agentes responsáveis pela definição das políticas públicas infantojuvenis. O desafio, contudo, é transpô-los para o dia a dia dos órgãos governamentais e internalizá-los definitivamente nas atividades de avaliação, planejamento e execução de políticas públicas, fazendo-se necessário refletir acerca da valorização dos princípios garantidores da proteção infantojuvenil, ante a sua abordagem exclusiva e especial no Direito brasileiro.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e o Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, nº 15, jan./fev./mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Net**, Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.ufjf.br/siddharta\\_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf](http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Barroso-A-Falta-de-Efetividade-%C3%A0-Judicializa%C3%A7%C3%A3o-Excessiva.pdf). Acesso em: 07 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Net**, 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 20 novembro 2016.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf). Acesso em: 02 maio 2017.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. A efetivação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário e a reserva do possível. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, p. 12-28, maio/ago. 2009.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Net**, 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15658-15659-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 abril 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº 37, fev./mar./abril 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 5. ed. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/constituicaoedosupremo/>. Acesso em: 28 março 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito Administrativo e Constitucional. Acesso à creche. **Recurso Especial** nº 1.185.474 SC (2010/0048628-4). Recorrente: Município de Criciúma. Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 29 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito da Criança e do Adolescente e Constitucional. Atendimento em creche. **Agravo em Recurso Extraordinário** nº 639337. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito da Criança e do Adolescente e Constitucional. Vaga em creche. Agravo em Recurso Extraordinário nº 464143. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Gabriel Duarte Galbero. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. **Lex – Jurisprudência do STF**, Brasília, v. 32, n. 375, p. 161-164, 2010.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CATÃO, Mariana Camila Silva. Entre a doutrina da proteção integral e a reserva do possível: uma análise da problemática em torno da efetivação preferencial dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 3, nº 1, jan./jun. 2012.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: Teoria e Prática**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 29, p. 22-43, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/657>. Acesso em: 16 abril 2017.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado e Interpretado**. 6. ed. Paraná: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. 2014. 14 f. Mestrado em Direito Constitucional. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: [http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo\\_tese-28.pdf](http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/07/Arquivo_tese-28.pdf). Acesso em: 20 maio 2017.

FONTOURA, Bárbara Pamplona. **A aplicação da Doutrina da Proteção Integral da criança e do Adolescente pelo Judiciário brasileiro**. 2011, 63 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

KRELL, Andreas Joachin. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos teóricos e práticos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº 25, fev./mar./abril 2011.

MATSUDA, Juliana Tiemi Marauyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. **Net**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:KOjhfyk2oV8J:www.agu.gov.br/pag/e/download/index/id/%25207306306+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 maio 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ – MPPR. Curitiba, 2011. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1262>.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Micheli. O controle das políticas públicas no Brasil: o Judiciário como um mediador entre os poderes. **Net**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3b6fb0fd4df0981>. Acesso em: 24 maio 2017.

POTRICH, Felipe Bittencourt. Efetividade dos direitos sociais, reserva do possível e seus limites. **Net**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/19329113>. Acesso em: 01 junho 2017.

RABELO, Janaina da Silva. A cláusula da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro: o papel do Poder Judiciário na defesa de direitos fundamentais. **Net**, Ceará. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b12189170921fa4>. Acesso em: 03 abril 2017.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Direito, Sociedade e Estado**, Rio de Janeiro, nº 44, p. 36-50, jan./jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_ ; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008.

TAMAE, Érika Cristina de Menezes Vieira Costa. Judicialização da política no tocante à proteção integral de crianças e adolescentes. **Net**, São Paulo. Disponível em: [http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/BfYIVS5CUknYAfK\\_2014-12-15-18-54-38.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/BfYIVS5CUknYAfK_2014-12-15-18-54-38.pdf). Acesso em: 05 novembro 2016.

VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico**, Escola Superior do Ministério Público da União, nº 26, jan./mar. 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.