

POLÍTICAS PÚBLICAS DA INFÂNCIA

Renato Barão Varalda¹

Sumário: Introdução. 1. Tratamento Jurídico Especial à Infância. 2. Responsabilidade do Estado pela não re-educação do adolescente-infrator. 3. Política e Direito. 4. Políticas públicas para a infância e a doutrina da proteção integral. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objeto de análise as políticas públicas da infância, a responsabilidade do Poder Executivo quanto à sua implementação e a do Poder Judiciário quanto ao seu controle, em face do tratamento jurídico especial dispensado à criança e ao adolescente. Embora esse tema já tenha recebido bastante atenção por parte da doutrina nacional e estrangeira, é certo que no novo Direito da Criança e do Adolescente poucos autores têm abordado o tema da vinculação do Administrador à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e ao princípio do interesse superior da criança quando das opções de escolhas na implantação de políticas públicas sociais. No Direito Brasileiro, tem-se ainda mais um limitador e norteador à ação estatal nesse campo, que é o princípio constitucional da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente.

O tema é relevante na medida em que diariamente milhares de crianças e adolescentes do mundo inteiro e, em especial, do Brasil, são privadas do exercício da cidadania e vêem seus direitos fundamentais sendo ameaçados ou violados justamente pela

¹ Renato Barão Varalda é Promotor de Justiça e Coordenador Administrativo da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Distrito Federal; especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília e *University of Essex*; especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade de Brasília e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

omissão ou ação inadequada do Poder Público em implantar as políticas públicas destinadas à concretização desses direitos.

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente é fruto de lutas antigas fundadas no inconformismo com a dura realidade de injustiça e agressão a esses sujeitos em desenvolvimento. No Brasil, a proteção especial conferida à infância, seja na Constituição, seja no Estatuto da Criança e do Adolescente, foi resultado de pressão de vários setores da sociedade.

Apesar do reconhecimento desses direitos em documentos internacionais, constituições e leis infraconstitucionais, verificam-se ainda inúmeras dificuldades para garantir a proteção e a implementação deles, sejam os de primeira geração, vida, liberdade etc, como também os direitos prestacionais sociais, chamados de segunda geração.

Diante do desrespeito do Estado aos tratados e convenções internacionais e às normas constitucionais e infraconstitucionais, torna-se imperiosa a análise do controle ou não pelo Judiciário dos atos administrativos correlacionados com as prestações positivas obrigatórias da Administração, seja para obrigar o Poder Público a realizá-las, seja para corrigir os atos praticados com desvio do real interesse superior da criança e do adolescente.

No Brasil, inúmeras ações judiciais (sobretudo as coletivas) buscam a tutela jurisdicional em face do desrespeito do Estado à doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e, em especial, no direito brasileiro, ao princípio da prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente, estabelecidos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, cujo conteúdo teve seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança de 1989.

Em que pese a Constituição separar o direito da política, livrando-se do problema de sua fusão, o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão (8 de julho de 2008), sob relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, manteve liminar concedida em ação civil pública, determinando ao governo do Estado de Tocantins a construção de unidade de semiliberdade e de internação na Comarca de Araguaína, haja vista o encaminhamento de adolescentes-infratores para o município de Ananás, distante 160 quilômetros daquela

localidade (o que dificulta o contato com os familiares), bem com o alojamento em cadeia local, em celas adjacentes a de presos adultos, em ambientes inóspito.

Partindo da importância do tema na atualidade, dedica-se a primeira parte do trabalho à análise dos princípios referentes ao tratamento jurídico dispensado à criança e ao adolescente, abordando em especial a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e os princípios que regulam a matéria, a saber, a doutrina da proteção integral, que abarca os princípios do melhor interesse da criança e o da condição especial de pessoa em desenvolvimento e, no Direito Brasileiro, o princípio da prioridade absoluta.

Analisa-se o alcance e a importância do tema políticas públicas na égide do Estado democrático de Direito, por entender ser a implantação dessas políticas o único caminho para produção da igualdade material, que, por sua vez, depende da concretização dos direitos sociais.

Demonstra-se também que, no constitucionalismo contemporâneo, os atos administrativos podem ser controlados pelo Judiciário para obrigá-los a estar em conformidade com princípios insculpidos na Constituição Federal, ou seja, demonstra-se a necessidade do controle jurisdicional dos atos administrativos não vinculados quando da implantação ou não das políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em face da doutrina da proteção integral e do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, os quais devem ser observados com prioridade absoluta, em razão da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento desses sujeitos.

CAPÍTULO 1 – TRATAMENTO JURÍDICO ESPECIAL À INFÂNCIA

O constituinte de 1988 adotou a doutrina da proteção integral e, a partir de então, formou-se o Fórum Nacional de Defesa da Criança e do Adolescente – integrado por diversas entidades não-governamentais e por representantes de órgãos públicos ligados ao tema. Assim, o Estatuto de Criança e do Adolescente (ECA) foi elaborado com ampla participação de movimentos sociais, o que lhe conferiu ainda maior legitimidade perante os

atores que formam o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. O ECA é uma lei moderna, avançada, que foi elaborada com a participação de várias instituições públicas e sociais e trouxe uma nova visão sobre a criança e o adolescente, em que lhes foram garantidos direitos fundamentais. É a universalização dos direitos, levando em consideração que são pessoas em formação, em processo de desenvolvimento. Isso na prática significou enxergar a criança e o adolescente como vítima de um sistema de desigualdade social e não como os “responsáveis” pelos males da sociedade, como eram vistos pelo antigo Código de Menores.

O ECA, Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990, detalhou a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, que já havia sido abraçada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 227, que estabelece: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Em síntese, no ECA há normas que disciplinam os princípios fundamentais das relações jurídicas que envolvam crianças e adolescentes no âmbito da Família, da Sociedade e do Estado.

O ECA completou 18 anos de existência. Embora essa lei estabeleça suficientes princípios que norteiam o Estado, a sociedade e a família na concretização dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o fato é que há uma enorme distância entre a lei e a realidade. Apesar de ser uma lei avançada, há ainda um longo descompasso entre a lei e a realidade, e essa distância somente será superada através de políticas públicas eficazes. De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, o Brasil possui uma população de cerca de 190 milhões de pessoas, dos quais quase 60 milhões têm menos de 18 anos de idade, o que equivale a quase um terço de toda a população de crianças e adolescentes da América Latina e do Caribe. São dezenas de milhões de pessoas que possuem direitos e deveres e necessitam de condições para se desenvolverem com plenitude todo o seu potencial.

O tratamento jurídico especial e o princípio do melhor interesse da criança estão correlacionados com o princípio da Condição Peculiar de Pessoas em Desenvolvimento, isto é, a criança e o adolescente encontram-se em formação, seja sob aspectos físicos, emocionais, intelectuais. Desse modo, não conhecem totalmente os seus direitos e não são capazes de lutar por sua implementação. E é justamente por essa condição de pessoas em desenvolvimento que são detentores de direitos especiais. Segundo o Princípio da Prioridade Absoluta, inserido na Constituição Brasileira de 1988, a criança e o adolescente devem figurar, obrigatoriamente, entre as prioridades das autoridades públicas, em que pese a realidade do país estar em flagrante contradição com o citado princípio constitucional.

De acordo com o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, no cenário internacional, ao adotar a doutrina da proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, elevou-os à condição de sujeitos de direito, aos quais são assegurados todos os direitos e garantias fundamentais do adulto e outros especiais, provenientes de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. O artigo 3º da referida Convenção estabelece que as decisões públicas relacionadas com a criança devem ser tomadas atendendo ao interesse superior da criança. A proteção integral se justifica em razão de serem pessoas incapazes, dada a sua condição temporária, de, por si só, não estarem aptos a fazer valer seus direitos.

Demais disso, o artigo 3º do ECA dispõe que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-se-lhes, por lei ou 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 dignidade”.

Todas as garantias acima mencionadas surgiram com a intenção de minimizar os abusos praticados historicamente contra seres humanos em condições

especiais enquanto seres em desenvolvimento físico, mental e psicológico, garantindo assim a isonomia material e um mínimo aceitável de condições de desenvolvimento, de forma a viabilizar o atingimento da idade adulta com um mínimo de dignidade. Contudo, como é de conhecimento público, inúmeras crianças e adolescentes vivem à margem das mais básicas políticas públicas, como educação, saúde, lazer, cultura, segurança etc².

Embora, segundo Jünger HABERMAS “... o princípio do exercício do poder no Estado de direito parece colocar limites à autodeterminação soberana do povo, pois o ‘poder das leis’ exige que a formação democrática não se coloque contra os direitos humanos positivados na forma de direitos fundamentais.”³, muitos dispositivos do ECA e a própria doutrina da proteção integral insculpida na Constituição brasileira ainda precisam ser implementados, a começar pela concretização dos direitos fundamentais mais básicos das crianças e dos adolescentes.

O desrespeito começa justamente na falta de vontade política dos dirigentes do país em priorizar suficientes recursos orçamentários para a garantia desses direitos fundamentais. É visível a omissão do Estado. As políticas públicas ressocializadoras para adolescentes-infratores não têm merecido do Poder Público a atenção devida, o que leva a baixos índices de recuperação.

CAPÍTULO 2 – RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA NÃO REEDUCAÇÃO DO ADOLESCENTE-INFRATOR

² Dados estatísticos apontam que o Brasil é um país repleto de contradições e de uma intensa desigualdade social, já que 1% da população rica detém 13,5% da renda nacional, contra os 50% mais pobres, que detém 14,4% desta (IBGE 2004). Essa desigualdade social traz consequências sérias nas condições de vida da população infanto-juvenil. O Brasil possui 25 milhões de adolescentes na faixa de 12 a 18 anos, o que representa cerca de 15% da população. Segundo levantamento da Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente da Secretaria Especial dos Direitos Humanos (Murad, 2004), existem no Brasil cerca de 39.578 adolescentes no sistema socioeducativo, sendo que 27.763 encontram-se em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto (liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade). Por sua vez, segundo Rocha (2002), havia 9.555 adolescentes em cumprimento de medida de internação, destes, 90% eram do sexo masculino, 51% não frequentavam a escola, 90% não concluíram o Ensino Fundamental, 12,7% viviam em famílias que não possuíam renda mensal, 66% em famílias com renda mensal de até dois salários mínimos e 85,6% eram usuários de droga. Dos 1.260 adolescentes que cumpriam medida de semiliberdade, segundo Fuchs (2004), 96,6% eram do sexo masculino, 58,7% estavam fora da escola formal antes do cometimento do ato infracional, 70% se declaravam usuários de drogas. (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília/DF: CONANDA, 2006).

³*Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153.

Quando o adolescente chega a cometer um ato infracional, é bastante provável que ele não tenha recebido do seu meio familiar os limites e valores necessários a impedi-lo de desrespeitar os direitos dos outros. A desestruturação familiar – o que resulta em crianças e adolescentes vivendo nas ruas, vítimas de maus-tratos por parte de genitores omissos, em situação de dependência química etc –, o baixo poder aquisitivo das famílias – em função da situação econômica e social do país, especialmente a falta de oportunidades de trabalho –, a proximidade com agentes da violência na comunidade – a idéia de que a violência já é algo normal – e a falta de perspectiva para o futuro levam os adolescentes à prática de atos infracionais. Isso significa dizer que muitas famílias brasileiras estão permanentemente descumprindo o ECA, pois há vários dispositivos que impõem aos pais ou responsáveis o dever de criar e educar adequadamente os filhos/pupilos para que possam conviver em sociedade de forma saudável. Em contrapartida, isso traduz em um direito dos filhos de receberem de seus pais ou responsáveis os cuidados necessários para que se tornem, na vida adulta, membros saudáveis da sociedade em que vivem.⁴

Se se verifica uma omissão da família nessa obrigação – o que muitas vezes resulta em prejuízo à própria segurança da sociedade – o Estado deveria punir os pais ou responsáveis que descumpriram as obrigações decorrentes do poder familiar. Quanto a esse aspecto, é de se reconhecer que o Estado quase nunca consegue cumprir esse papel, seja porque os instrumentos previstos na legislação não são adequados (ações de suspensão ou destituição do poder familiar dos pais ou responsáveis, infração administrativa que visa apenas o pagamento de multa), seja porque, por trás dessa omissão dos pais ou responsáveis, quase sempre estão pessoas completamente despreparadas para o mister de educar, pois, na maioria das vezes, também foram vítimas de violação de direitos por parte de seus progenitores, Estado e sociedade.

⁴ Segundo dados do Relatório “Perfil dos Adolescentes-Infratores e dos Atos Infracionais” do MPDFT, elaborado a partir de registros obtidos entre 1º/11/2007 e 29/2/2008, dos adolescentes-infratores atendidos pela Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do DF, constatou-se que a maior parte dos adolescentes em cada ato infracional praticado é composta por jovens evadidos da escola, com domínio nos atos infracionais: furto, roubo, tráfico de drogas, uso de drogas, porte ilegal e disparo de arma de fogo; enquanto que entre os jovens frequentes à escola há o predomínio em atos de menor potencial ofensivo, tais como ameaça, injúria, lesão corporal e pichação. Constatou-se também que apenas 43,17% dos adolescentes ouvidos na Promotoria frequentavam alguma instituição de ensino e 21% dos adolescentes matriculados na escola não a frequentavam.

Além disso, se os pais não cumpriram o seu papel, cabe ao Estado a adoção de medidas que visem a re-educação desses jovens infratores, o que deve ser feito para garantir a proteção deles mesmos – ajudá-los a romper a trajetória em meio violento – e da própria sociedade, pois a segurança pública é direito de todo cidadão. Para cumprir a tarefa de re-educação dos jovens infratores, o Estado deve aplicar e executar de forma eficiente as medidas socioeducativas previstas no ECA.

Ocorre que a realidade da maioria dos Estados brasileiros, especialmente a do Distrito Federal, é vergonhosa, pois as medidas socioeducativas em meio aberto – liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade – quando aplicadas pelas Varas da Infância e da Juventude, muitas vezes sequer são cumpridas pelos adolescentes-infratores e, quando são, a forma de cumprimento é insuficiente para produzir mudança significativa na vida desses jovens, o que termina por ocasionar um sentimento de impunidade por parte dos adolescentes infratores e contribuir para a reiteração de atos infracionais. Essa situação tem como consequência a necessária aplicação de medidas restritivas de liberdade – semiliberdade e internação – com relação ao próximo ato infracional praticado pelo adolescente, cuja forma de execução também tem se mostrado inadequada para a ressocialização dos jovens infratores.

Em levantamento realizado pelo Setor Psicossocial da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Distrito Federal, em 2008, constatou grande defasagem entre o número de adolescentes vinculados à medida de prestação de serviço à comunidade (cuja demora tem redundado no arquivamento dos processos em razão da prescrição); as unidades executoras de medidas de liberdade assistida e semiliberdade possuem instalações físicas precárias, recursos materiais escassos e recursos humanos insuficientes; bem como o não atendimento dos centros de internação dos parâmetros estabelecidos pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), elaborado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos e pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). A resposta do Estado ao adolescente infrator foi prevista na forma de medidas socioeducativas, porque nessa faixa etária – dos 12 aos 18 anos – o jovem responde de forma mais eficiente à intervenção pedagógica, justamente por estarem em processo desenvolvimento.

Se o Estado-Juiz aplica uma medida socioeducativa e o Poder Executivo não fornece os meios adequados para o seu cumprimento, como tem ocorrido no DF, a mensagem que se passa ao jovem infrator é de que nem sua família nem o Estado tiveram a capacidade de detê-los na empreitada infracional. Ao deixar de responsabilizar o jovem de forma adequada, o Estado está incentivando a sua permanência no meio infracional.

CAPÍTULO 3 – POLÍTICA E DIREITO

A Constituição define as bases dos direitos fundamentais (fecha o direito), define as bases da política (forma o Estado), ou seja, fecha⁵ o sistema de direito e política e os coloca em relacionamento (mecanismo de acoplamento).

“... a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado, remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis. Na hipótese de uma descrição externa do sistema jurídico, a mesma categoria (*fattispecie*) pode ser, no entanto, formulada de outro modo. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca ‘ortogonalmente’ em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido. Todas as distinções especificadamente jurídicas pressupõem o sistema que opera com esse acoplamento na qualidade de aperador, como elemento de distinção, como contexto autopoietico de comunicação presente na sociedade. Neste plano implícito, o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que não a auto-referenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode

⁵“A Constituição é assim a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Em outros termos, a Constituição deve deslocar (*rimpiazzare*) aqueles sustentáculos externos que havia sido postulados pelo jusnaturalismo. Ela substitui quer o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o direito racional com o seu concentrado de teoria transcendental que se autorefere a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, sub-entra um texto parcialmente autológico. Isso é, a Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado mediante o seu reingresso no sistema. Nas modalidades já discutidas, isso se verifica ou através de regras de coalização que garantem o primado da Constituição; ou mediante disposições relativas à alterabilidade/não alterabilidade da Constituição; e ainda: mediante a previsão constitucional de um controle de constitucionalidade do direito; e não em último: ao invocar solenemente a instância constituinte e a sua vontade como vinculantes de per se.” LUHMANN, Niklas. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. (trad. Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele de Giorgi a partir do original *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft in Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220 cotejada com trad. italiana de F. Fiore *La costituzione come acquisizione evolutiva in ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg. Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política.”⁶

Embora a sociedade moderna se complete com a Constituição (para se livrar do direito natural), esta separa e define direito e política⁷, livrando-se do problema de sua fusão. A Constituição define as bases do direito e da política, articulando-as, para a política fornecer o que o direito moderno requer (normas gerais e abstratas), apesar do direito depender do aparato de efetividade da política. A política fornece efetividade ao direito, mas recebe legitimidade do direito.

Apenas com o exercício de aplicação do princípio é possível aferir a sua viabilidade (cabimento). A Constituição articula direito e política e, ao mesmo como tempo, livra-se do problema de sua fusão, ocultando esse paradoxo do direito moderno.⁸

O direito permite que a política se legitime e esta permite que o direito se efetive (política dá efetividade ao direito). Não é fusão, pois os sistemas são diferenciados embora um não possa funcionar sem o outro. Vale dizer que a Constituição produz comunicação entre o direito e a política.

E é exatamente objetivando retirar da política a efetividade necessária ao direito que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, de 8 de julho de 2008, sob relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes, manteve liminar concedida na ação civil pública nº 2007.0000.2658-0/0, em curso perante o Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Araguaína/TO, e, determinou:

“Concedo a liminar e determino ao Estado de Tocantins que implante na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 meses, unidade especializada para cumprimento das medidas sócio-educativas de internação e semiliberdade

⁶LUHMANN, Niklas, Ibid.

⁷ “Na consciência europeia as Constituições valem não apenas como sistema jurídico, mas também e, sobretudo, como instituições do sistema político. E também esse fato tem a sua justificativa. Não obstante, o sistema político e o sistema jurídico serem e permanecem sistemas diferentes. Esses sistemas seguem códigos distintos, precisamente, por um lado, o código direito/não direito, e por outro, o código poder/não poder. Esses sistemas servem para funções diferentes e assim projetam códigos e funções de modo diverso. São reciprocamente competentes, mas cada um em um sentido diferente. As suas respectivas autoreproduções (autopoiesis) são assim realizadas em redes, *networks*, em tudo muito diferentes. Um mínimo de rigor teórico impede a sua identificação.” LUHMANN, Niklas, Ibid.

⁸Aula proferida pelo Prof. Menelick de Carvallho Netto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Jul. 2008.

aplicadas a adolescentes infratores, a fim de propiciar o atendimento do disposto nos artigos 94, 120, §2º e 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Determino ainda que o requerido se abstenha de manter adolescentes apreendidos, após o decurso do prazo de doze meses, em outra unidade que não a acima referida.

Fixo multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a ser paga pelo requerido, em caso de descumprimento ou de atraso no cumprimento da presente decisão, a qual deverá ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos artigos 213 e 214 da lei nº 8.069/90.”

Diante da inexistência de unidades de semiliberdade e de internação e o encaminhamento de adolescentes-infratores para o município de Ananás/TO, distante 160 quilômetros daquela localidade (o que dificulta o contato com os familiares), bem com o alojamento em cadeia local, em celas adjacentes a de presos adultos, em ambientes inóspito, o Supremo Tribunal Federal manteve a liminar concedida pelo Juízo da Comarca de Araguaína/TO, aduzindo que:

“É certo que o tema da proteção da criança e do adolescente e, especificamente, dos adolescentes infratores é tratado pela Constituição com especial atenção. Como se pode perceber, tanto o *caput* do art. 227, como seu parágrafo primeiro e incisos possuem comandos normativos voltados para o Estado, conforme destacado acima.

Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de **absoluta prioridade** na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente.

Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo deste direito.

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)(Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts*, JuS, 1989, p. 161).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade.

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Por outro lado, alega-se, nesta suspensão de segurança, possível lesão à ordem e economia públicas, diante de determinação judicial para implantação de programa de internação e regime de semiliberdade, em unidade especializada (a ser construída), com prazo determinado de 12 meses.

Nesse sentido, o argumento central apontado pelo Estado do Tocantins reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo estadual.

Contudo, nos dias atuais, tal princípio, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz da realidade constitucional brasileira, num círculo em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam.

Nesse sentido, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo estadual do Tocantins, em cumprir seu dever constitucional de garantia dos direitos da criança e do adolescente, com a absoluta prioridade reclamada no texto constitucional (art. 227).

Da mesma forma, não vislumbro a ocorrência de grave lesão à economia pública. Cumpre ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em razão da absoluta prioridade determinada na Constituição, deixa expresso o dever do Poder Executivo dar primazia na consecução daquelas políticas públicas, como se apreende do seu art. 4º:

“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 primazia 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 de políticas sociais públicas;*
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”*

Não se pode conceber grave lesão à economia do Estado do Tocantins, diante de determinação constitucional expressa de primazia clara na formulação de políticas sociais nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva, concretamente delineada pelo ECA.

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos.”⁹

⁹ Suspensão de Liminar nº 235-0 – TO. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: 18 jul 2008.

Por óbvio não se trata, nessa hipótese, de fusão entre direito e política, mas apenas de uma forma de manifestação de articulação entre o Judiciário e o Executivo, por intermédio de normas principiológicas, a coagir a Administração Pública à efetivação de direitos fundamentais. Utilizando-se das palavras de Ingeborg MAUS: “A vinculação estrita do aparelho judicial do Estado (e do Executivo) à legislação, ressaltada por meio do inquestionável primado do Legislativo, sobre os demais poderes do Estado no modelo clássico de separação de poderes, tinha o sentido exclusivo de submeter-se esse aparato à vontade legislativa do povo.”¹⁰, constata-se que o Judiciário tenta “fazer valer” princípios constitucionais, entendendo, para tanto, que a articulação entre política e direito pode dar-se inclusive pela intromissão de um Poder no âmbito de discricionariedade de outro.

Também não se trata de transformar o Poder Judiciário em monarca absoluto, já que essa “ordem objetiva de valores” (expostos taxativamente pelo ECA – doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, prioridade absoluta etc), foram elaboradas com ampla participação de movimentos sociais, o que lhes conferiu ainda maior legitimidade perante os atores que formam o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente. Houve consenso de que o tratamento legal conferido à criança e ao adolescente não era mais adequado. Ademais, o ECA, respaldado com as determinações constitucionais brasileiras, impregnou-se de critérios democráticos para garantir a efetividade dos direitos, seja através da composição paritária dos Conselhos de Direitos, com a eleição para representação da sociedade nestes Conselhos, que são espaços deliberativos, seja através de eleições dos Conselheiros Tutelares, com a missão de fiscalizar a aplicação da proteção integral. Nesse sentido, é por demais exagerado o entendimento de que o Supremo Tribunal Constitucional “disfarçou o seu decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição.”¹¹ ao determinar o Estado de Tocantins a construção de unidades de semiliberdade e centros de internação no município de Araguaína.

A ausência de vontade política na destinação privilegiada de verbas públicas e de implementação de políticas básicas atinge diretamente a infância, caracterizando uma

¹⁰Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Nov. 2000, p. 189. In: *Stürzt der Götter?* Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs). Frankfurt/M: Suhrkamp, 1989.

¹¹ MAUS, Ingeborg. *Ibid.*, p. 192.

das formas de violência institucionalizada contra seres em processo de desenvolvimento e, por isso, incapacitados de lutar pela efetivação dos direitos fundamentais constitucional e legalmente assegurados.

Vale destacar a distinção entre os chamados direitos de defesa, consistentes na não-intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, originários do Estado Liberal, e os direitos prestacionais, que se referem à obrigação do Poder Público em fornecer os meios materiais necessários ao efetivo exercício das liberdades, atrelados à idéia de Estado Social. Ingo Wolfgang SARLET distingue os direitos prestacionais em dois grupos específicos: direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).¹² Esse último grupo é o que irá interessar ao presente estudo.

SARLET, após analisar as concepções propostas pelos doutrinadores alemães Cristian STARCK, R. BREUER e Robert ALEXYY, posiciona-se no sentido de que o reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações sociais encontra-se atrelado aos limites do próprio Estado Social e, no Brasil, à própria Constituição Federal. Partindo do reconhecimento de que “a existência dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional constitui exigência do Estado social de Direito consagrado pela nossa Constituição”, SARLET questiona até onde vai a obrigação dos poderes públicos quanto à realização da justiça social e qual seria o *quantum* em prestações sociais que poderia ser reclamado judicialmente pelos particulares. Entende, pois, que permanecem em aberto pelo menos três questionamentos:

“se o reconhecimento de direitos fundamentais originários (na qualidade de direitos subjetivos) a prestações sociais se limita a um padrão mínimo? B) qual é este mínimo em prestações sociais assegurado pelas respectivas normas de direitos fundamentais? e c) mesmo no âmbito deste padrão mínimo, poder-se-á negar a prestação reclamada sob o argumento da indisponibilidade dos recursos para sua satisfação.”¹³

¹²A *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 191-192.

¹³Ibid., p. 321.

Mais adiante SARLET se nega a concordar com a concepção de alguns doutrinadores que conferem às normas de direitos prestacionais sociais um caráter meramente ideológico, e não jurídico, reconhecendo, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações sociais. Assim como a doutrina estrangeira, SARLET vincula alguns desses direitos sociais com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, ao negar ao indivíduo os recursos mínimos para a manutenção de sua existência, citando como exemplo, uma pensão na velhice para aqueles que necessitam, reconhece que seria, pois, condená-lo à morte por inanição.

Por fim, sustenta SARLET que:

“O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. A idéia que subjaz ao modelo de Canotilho e dos autores germânicos referidos parece ser precisamente esta: onde faltam as condições materiais mínimas, o próprio exercício da liberdade fica comprometido, e mesmo os direitos de defesa não passam de fórmulas vazias de sentido.”¹⁴

A posição adotada por SARLET assemelha-se à defendida por Ricardo Lobo TORRES¹⁵ acerca do reconhecimento de um direito pré-constitucional às condições mínimas de existência humana digna e de que a entrega das prestações positivas constitui um direito subjetivo do cidadão. A divergência entre os dois autores, apontada pelo próprio SARLET em nota de rodapé, parece estar na negativa de TORRES em não conferir aos direitos sociais a sua fundamentalidade. Para TORRES, que distingue o *status positivus libertatis* (mínimo existencial) do *status positivus socialis* (prestações estatais para a proteção dos direitos sociais e econômicos), esta última categoria compreende o fornecimento de serviço público essencial e as prestações financeiras em favor dos fracos, em especial sob a forma de subvenção social, além de depender da situação econômica do país, não sendo obrigatórias, situando-se, pois, na “reserva do possível”.

SARLET, por sua vez, aponta como melhor solução o modelo proposto por ALEXY, que entende ser a contraposição de valores no caso concreto o melhor caminho

¹⁴Ibid., p. 323.

¹⁵O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: R. Dir. Proc. Geral, 1990, p. 42.

para se resolver a questão. Sustenta que, quando as objeções aos direitos sociais prestacionais (reserva da competência do Legislativo, separação dos poderes etc) esbarrar no valor maior da vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e, ainda, quando na colidência de bens constitucionais, sejam fundamentais ou não, houver prevalência do direito social prestacional, é possível reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações ao mínimo existencial.

Esclarece ainda o autor acima que, se o mínimo for ultrapassado, haverá apenas um direito subjetivo *prima facie*, não podendo resolver a questão pelo tudo ou nada. Ao final, ainda valendo-se das lições de ALEXY e CANOTILHO, SARLET reconhece que:

“...não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.”¹⁶

Ainda que se possa considerar a posição de Ricardo Lobo TORRES como mais atinente com a realidade, especialmente em países como o Brasil, já que focaliza a limitação dos recursos orçamentários para atendimento de todos aqueles direitos (a chamada “reserva do possível”), o fato é que, estando tais direitos previstos constitucionalmente, e, considerando que os direitos civis e mesmos os políticos não se realizam sem o acesso sobretudo às políticas sociais básicas, como educação, saúde, trabalho, é de se reconhecer que o cidadão possui o direito subjetivo às prestações positivas do Estado com o fim de assegurar a concretude dos direitos sociais reconhecidos nas Constituições. Nesse sentido, assevera Luíza Cristina Fonseca FRISCHEISEN que “A igualdade de todos os cidadãos só é real se existem igualdade de oportunidades (também denominada como igualdade de chances ou igualdade na liberdade), pois que ligada com a própria natureza do que seria o justo, que só se realiza com as prestações positivas do Estado”¹⁷.

¹⁶ Op. cit., p. 324.

¹⁷ *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 71.

A partir do reconhecimento da existência de um direito subjetivo do cidadão a prestações positivas do Estado, passa-se à análise do vocábulo política. O termo Política é derivado do latim *politice*, procedente do grego *politiké*, cujo significado é a ciência de bem governar um povo, estabelecendo princípios e normas necessárias ao bom funcionamento da administração estatal, para efetivar os seus objetivos e garantir o bem comum.

J.J. Gomes CANOTILHO ensina que as políticas públicas prestam-se a realizar os direitos sociais, e descreve como

“...política de solidariedade social o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade Européia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade; o sistema de protecção da juventude...”¹⁸

Para Maria Paula Dallari BUCCI o estudo do tema “políticas públicas”, além de ser muito complexo e pertencer ao universo da teoria política, é bastante novo, coincidindo com a introdução do novo conceito de Estado, mais voltado à concretização dos direitos sociais e económicos, cujas funções transcendem ao conceito de serviço público, abrangendo também as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados¹⁹. Acrescenta a autora que as políticas públicas podem ser definidas como os programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo.²⁰ Alerta BUCCI para a importância do processo de sua realização a partir de critérios fixados em lei, entendendo que a legitimidade do processo político na definição das prioridades e nos meios para realizá-las está diretamente relacionado com o grau de participação democrática da sociedade.

Pode-se concluir que o conceito de Políticas Públicas, por ser mais amplo do que a mera prestação de serviço público, também abrange as funções de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados e representam os programas de ação do Estado, elaborados a partir de um processo de escolhas políticas, seja por meio de atos emanados do

¹⁸ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina Ed., 1998, p. 470-471.

¹⁹ Políticas Públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

²⁰ *Ibid.*, p. 95.

legislativo, como representante do povo, seja do Executivo, eleito para administrar a coisa pública e atingir metas e fins previamente determinados.

CAPÍTULO 4 – POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A INFÂNCIA E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

No tocante à política da infância, saliente-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança trouxe grandes mudanças no tratamento jurídico até então dispensado a esses sujeitos. As leis *infanto-juvenis*, especialmente na América Latina, serviram muito mais para reforçar e contribuir para a exclusão social, alimentando a adoção de políticas assistencialistas em vez de políticas básicas. As crianças eram vistas como o objeto do direito e não como os sujeitos de direitos.

Alessandro BARATTA, em sua importante contribuição para o tema no artigo *Infancia Y Democracia*, inicia ressaltando que o contexto democrático das políticas públicas de proteção às crianças adquirem um determinado sentido e relevância a depender do reconhecimento ou não destas como parte integrante nas relações de democracia, por um lado, e de como são entendidas as relações entre as crianças e os adultos, por outro lado. Entende que o contexto democrático tem que ser considerado como a premissa básica no momento de definir as estratégias adequadas de implementação dos direitos estabelecidos na Convenção.²¹

O mencionado autor, ao interpretar o artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança (“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse superior da criança”), ensina que o princípio do interesse superior da criança:

“se convierte em el principio de la relevância universal del interes del nino, lo cual implica la transversalidad de las políticas públicas y de las medidas internacionales dirigidas a la protección de los derechos de los niños. Eso quiere decir que la protección de estos derechos no es necesariamente solo la tarea de instituciones

²¹ In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (comp.) *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Buenos Aires: Editorial Temis – Depalma, 1998, p. 31-57.

particulares com uma competência específica, sino de uma estratégia general que potencialmente interesa a cualquier institución pública o privada y a cualquier órgano del Estado o de sus entidades territoriales y de la comunidad internacional. Este principio exige la coordinación y la sinergia de todos os actores potencialmente competentes.”²²

Para Alessandro BARATTA, o princípio central para a proteção integral da criança é o restabelecimento da prioridade na implantação das políticas básicas, sendo que as demais políticas devem ser subsidiárias e residuais e “que la concepción dinámica del principio de igualdad impone a los Estados-parte de la convención y a la comunidad internacional respectivamente, el respeto de un estándar mínimo de las normas del Estado social y de una regulación del desarrollo económico que respete los criterios del desarrollo humano y no sea contrario a ellos”.²³

Ao tratar dos direitos declarados na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em especial do princípio do interesse superior da criança, Carlos EROLES (Argentina) dispõe que “así el Estado adquiere una obligación insoslayable com el bienestar de la infancia que tiene el deber de atender, con medidas adecuadas, eficaces y oportunas de política social”.²⁴

Ressalte-se que o artigo 41 da Convenção determina a observância não apenas do catálogo dos direitos ali declarados, mas também a prevalência da legislação nacional ou internacional que seja mais ampla quanto à garantia dos direitos humanos e fundamentais.

O artigo 4º da Convenção dispõe que “os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza, 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 necessários, dentro de um quadro de cooperação internacional”. 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

²² Ibid., p. 32.

²³ Op. cit., p. 33.

²⁴ *Políticas Públicas de Infância*. Buenos Aires: Espacio Editora, 2001, p. 40.

invocação da teoria da “reserva do possível”. No entanto, como exposto por Alessandro BARATTA, 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. “Em general, la reserva no debería aplicarse, si el Estado no realiza sérios esfuerzos para regular el sistema de producción y de distribución social de la riqueza así como para racionalizar técnicamente y controlar jurídicamente el empleo de los recursos disponibles.”²⁵

No Brasil, a obrigação de priorizar as políticas públicas da infância e da juventude encontra-se estabelecida constitucionalmente, conforme previsão do artigo 227, da Constituição Federal que impõe prioridade absoluta na garantia dos direitos da criança e do adolescente. Posteriormente, ao reafirmar o princípio constitucional da prioridade absoluta, o legislador ordinário, por intermédio do ECA, especificou em que situações a prioridade absoluta deve ser observada, determinando a observância da preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Demais disso, o art. 6º do ECA traz uma norma de interpretação, em que obriga ao aplicador desta lei a observância dos fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente de pessoas em desenvolvimento.

O conceito de discricionariedade administrativa foi construído em torno da ideia de PODER. Vale transcrever as palavras do francês Maurice HAURIOU, citado por Ana Maria Moreira MARCHESAN, ao analisar a evolução do conceito do ato administrativo:

“A administração não é animada, naquilo que ela faz, por uma vontade interior, mas sim, por vontade executiva livre submetida à lei como um poder exterior. Segue-se que, de um lado, nas matérias de sua competência, enquanto seu poder não está ligado por disposições legais, ele é inteiramente autônomo e, por outro lado, nas matérias em que seu poder parece ligado pela lei, ele se conforma sempre a uma certa escolha de meios que lhe permite de se conformar voluntariamente à lei. Esta faculdade de se conformar voluntariamente à lei é tanto mais reservada à administração das leis quanto ela goza constitucionalmente de uma certa liberdade

²⁵ Op. cit., p. 37.

na escolha dos momentos e das circunstâncias em que assegura esta aplicação .Conforme este ponto de vista, convém mostrar novamente que o poder discricionário da administração consiste na faculdade de apreciar a 'oportunidade' que pode ter de tomar ou não tomar uma decisão executória, ou de não tomá-la imediatamente, mesmo que seja prescrita pela lei.”²⁶

MARCHESAN arremata, sintetizando a concepção de HAURIUO, do início do século, quando surge a compreensão da discricionariedade como “poder do administrador, que, nas matérias de sua competência, não delimitadas pela lei, estaria livre para agir de acordo com critérios de conveniência e oportunidade”²⁷.

Segundo Celso Antônio Bandeira de MELO, a ideia de poder deve estar associada a mero instrumento para o cumprimento do dever, isto é, o “poder discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*”.²⁸

André Gonçalves PEREIRA (Portugal) assim distinguiu o poder do poder arbitrário:

“O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação: através de um poder, ou seja, do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha, que decorre da vontade psicológica do agente. Discricionariedade e vinculação são assim formas diversas de regulamentação por lei de certa matéria; mas quando a lei não contemple determinada situação de vida, e não o integre pelo menos genericamente na sua previsão, nenhum poder tem em relação a ela o agente, - e sustentar o contrário seria pôr em dúvida o valor do princípio da legalidade.”²⁹

A discricionariedade administrativa deve ser vista sob nova ótica no Estado Democrático de Direito. Reconhece-se que a lei não consegue abarcar todas as situações da vida, tornando-se impossível ao legislador prever e regular todas as ações administrativas necessárias ao exercício do poder, subsistindo, em algum momento, a discricionariedade. No entanto, é inegável que o conceito de discricionariedade deve ser entendido sob a idéia de dever e não mais de poder.

²⁶ *O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade Administrativa*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>> Acesso em: 16 jul. 2008.

²⁷ Id.

²⁸ *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 15.

²⁹ *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*. Lisboa: Ed. Ática, 1962, p. 222-223. apud Ana Maria Moreira MARCHESAN, op. cit.

Ao se conceber a atividade administrativa como desempenho de função, consistente no cumprimento do dever jurídico de acertar a providência capaz de atingir a exata finalidade da lei, todo e qualquer ato administrativo deve estar em conformidade com o Direito.

No presente trabalho, adota-se o conceito de discricionariedade a partir das concepções do constitucionalismo pós-positivistas (especialmente o princípio da juridicidade) em que se compreende o direito não por regras, mas por princípios, os quais estão cada mais vez integrando o campo da normatividade.

Germana de Oliveira MORAES reconhece que já não existem atos administrativos completamente discricionários e que não mais se sustenta a clássica distinção entre atos vinculados e atos discricionários, considerando-se discricionários apenas certos elementos do ato administrativo, permitindo o controle judicial destes, com exceção do mérito do ato, o qual também se encontra reduzido.³⁰

Para a autora acima citada, o mérito compreende os processos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo, tendo como parâmetros critérios não positivados. O mérito do ato administrativo restringe-se ao núcleo da discricionariedade e somente sobre ele não há possibilidade de controle judicial. Os ditos critérios não positivados resumem-se aos critérios de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato administrativo. Os critérios de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, elevados a princípios constitucionais, no Direito brasileiro, antes componentes do mérito do ato administrativo, migraram para o domínio da juridicidade, ou legalidade em sentido amplo.³¹

Conclui Germana de Oliveira MORAES que, na atual fase do constitucionalismo pós-positivista e da redefinição do princípio da legalidade administrativa, que teve suas origens no Estado Liberal e atualmente foi substituído pelo princípio da juridicidade da Administração Pública³² (mais condizente com o arcabouço

³⁰ *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 42.

³¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Ibid.*, p. 45.

³² A constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos da Administração

teórico do Estado Social), permite-se o controle jurisdicional dos atos administrativos não vinculados, restando intocável pelo Poder Judiciário a análise apenas do mérito do ato administrativo.

Ao discorrer sobre o controle judicial da discricionariedade, Eduardo García de ENTERRÍA aduz que

“...ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por los jueces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho - concepto este último que por sí sólo remite a los principios generales -, así como la de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios generales del Derecho en sentido rigurosamente técnico pueden actuar y ser hechos valer por los Tribunales de justicia.”³³

No Direito Brasileiro, o controle judicial da atividade administrativa omissiva ou comissiva também se sustenta no princípio constitucional do direito à inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.³⁴ Todos os atos administrativos responsáveis por lesão ou ameaça de lesão a direito são *a priori* passíveis de controle judicial.

A propósito, vale transcrever as conclusões de Germana de Oliveira MORAES acerca da compatibilidade dos princípios constitucionais do direito à inafastabilidade do controle judicial e da tripartição dos poderes:

“Como ideia central e conclusiva deste estudo, sustenta-se que, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando, da atividade não vinculada da Administração Pública, desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos verdadeiramente indeterminados, resultar lesão ou ameaça a direito, é sempre cabível o controle jurisdicional, seja de legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal Brasileira), seja de juridicidade, em sentido estrito, à luz dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de

Pública apenas à luz da legalidade estrita. (...) A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie os princípios gerais de Direito previstos explicita ou implicitamente na Constituição.” MORAES, Germana de Oliveira. *Ibid.*, p. 23.

³³ *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2000, p. 151-152.

³⁴ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal Brasileira)”, do princípio constitucional da igualdade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito e, em certas situações mais raras, ir ao ponto extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro indicado judicialmente.”³⁵

Na visão de Andreas J. KRELL, no Estado Social de Direito, os assuntos relacionados com a formulação de políticas públicas sociais não são exclusivos do Governo e da Administração Pública, pois estão fundamentados em normas constitucionais sobre direitos sociais e, por isso, o seu controle pode e deve ser feito pelos Tribunais. Aduz ainda que a “essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”, expressando as escolhas feitas pelos vários entes estatais, tendo por limite as normas constitucionais. Havendo falha ou omissão do Legislativo ou Executivo na “implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços básicos”.³⁶

A possibilidade de se cobrar judicialmente do Estado a sua obrigação na implementação de políticas sociais que visam garantir os direitos sociais implica importante passo ao processo de democratização, em especial, nos países da América Latina.³⁷

Conclui-se que, no Direito Brasileiro, o princípio constitucional da prioridade absoluta, materializado no artigo 227 da Constituição Federal e detalhado no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, vincula o Poder Legislativo e o Poder Executivo a respeitar a preferência estabelecida na formulação e na execução das políticas

³⁵ Op. cit., p. 176.

³⁶ *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p 100-101.

³⁷ “A ineficiência do Poder Público no fornecimento de programas sociais que garantam melhores condições de saúde, educação, moradia, profissionalização, dentre outros, tornou gigantesca a dívida deste para com a infância e juventude brasileiras. De sorte que a possibilidade de cobrar judicialmente do Estado, por seu descaso na aplicação de políticas sociais condizentes, significa um passo importante nesse processo de democratização, de resgate efetivo da cidadania”. (...) “Por fim, na área que envolve os interesses difusos de crianças e adolescentes, sobreleva o “novo” papel do juiz, que terá por objetivo a busca e a concretização da justiça e da equidade no lugar da fria aplicação dos textos legais; isto se dará, sobretudo, na esfera processual, tendo em vista que muitos dos instrumentos existentes, consoante o modelo clássico, não mais satisfazem a essas novas pretensões, que alcançam cada vez mais uma gama considerável de crianças e adolescentes.” VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997, p. 205-206.

públicas sociais e na destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Assim, a possibilidade de cobrança judicial das políticas públicas para a infância ultrapassa a simples garantia do “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais.

CONCLUSÃO

No cenário internacional, o documento que trouxe a mais significativa proteção aos direitos da criança foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 20/11/89, a Convenção foi ratificada por mais de 180 países e representou quase um consenso de diferentes culturas e regimes jurídicos em prol da garantia dos direitos da criança. Foi um avanço significativo na medida em que constitui um marco jurídico, pois contém todos os princípios vinculados à criança e prescreve deveres dos representantes legais das crianças e do Estado signatário. Foram conferidos às crianças e aos adolescentes *status* de sujeitos de direito, além de ter apontado a família, a sociedade e o Estado como responsáveis pela efetivação desses direitos, dispondo claramente sobre a obrigação do Poder Público como garantidor das políticas públicas indispensáveis ao desenvolvimento sadio e harmonioso desses sujeitos de direitos.

A mudança da dura realidade de milhares de crianças e adolescentes em situação de ameaça ou violação de direitos depende da conscientização da sociedade e dos governantes da necessidade de se estar constantemente identificando o real interesse desses sujeitos nas opções de implantação de políticas públicas.

Não cumprindo o Poder Executivo o seu papel, cabe ao Poder Judiciário o controle da atividade administrativa com o fim de obrigar o Administrador a observar a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente e os princípios correlatos, a saber, o do interesse superior da criança, o da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento e, no Brasil, o da prioridade absoluta na destinação de recursos e implementação de políticas públicas. Com isso, não se estará atribuindo ao Poder Judiciário uma vontade de domínio, ou um arbítrio bloqueador da autonomia dos indivíduos e da soberania popular. Pelo

contrário, ao obrigar o Administrador a praticar os atos administrativos em conformidade com princípios basilares da Constituição, princípios especiais dispensados à população infanto-juvenil, estar-se-á garantindo um mínimo de inclusão social a uma população desprovida dos mais básicos direitos fundamentais positivados em nível nacional e internacional, em nível constitucional e infraconstitucional, e, não efetivados pelo Poder Público. Isso, na verdade, apenas retrata uma das formas de manifestação de articulação entre direito e política exposta pela Constituição, de modo que cada Poder (Judiciário, Executivo ou Legislativo) possa minimizar os efeitos nefastos do outro, causado por omissões ou ações inadequadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Infancia Y Democracia In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (comp.) Infancia, *Ley y Democracia en América Latina*. Buenos Aires: Editorial Temis – Depalma, 1998, p. 31-57.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e o direito administrativo*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 34, n. 133, jan./mar. 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina Ed., 1998.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5ª ed. Madrid: Civitas, 2000.

EROLES, Carlos. *Políticas Públicas de Infância*. Buenos Aires: Espacio Editora, 2001.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HABERMAS, Jünger *Era das transições*. (trad. Flávio Siebeneichler) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LUHMANN, Niklas. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. (trad. Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele de Giorgi a partir do original *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft* in *Rechthistorisches* Jornal. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220 cotejada com trad. italiana de F. Fiore *La costituzione come acquisizione evolutiva*. in ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Nov. 2000, p. 183-2002. In: *Stürzt der Götter?* Faulstich, Werner e Grimm, Gunter E. (orgs). Frankfurt/M: Suhrkamp, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariiedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

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

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Interesses Difusos e Direitos da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1997.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: R. Dir. Proc. Geral, 1990.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*. Lisboa: Ed. Ática, 1962.