

O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

MARIA HELENA RAMOS DE FREITAS *

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A dignidade da pessoa humana. 3. O princípio da prioridade absoluta. 4. O controle jurisdicional das omissões administrativas. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

"Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu" (Boaventura de Souza Santos, 2000, p. 41).

1. INTRODUÇÃO

A entrada em vigor da atual Constituição da República significou larga ruptura com o modelo de Estado Autoritário que vigorava até então e a reconquista plena dos direitos fundamentais, inaugurando-se um novo modelo de Estado denominado "Estado Democrático de Direito", fundado em valores democráticos e que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos.

No que concerne às crianças e adolescentes, a Carta Constitucional estabeleceu o Princípio da Prioridade Absoluta representado pela prevalência e especialidade de seus direitos e garantias, considerando sua situação peculiar de pessoa em fase de desenvolvimento.

É neste contexto de valorização dos direitos fundamentais, no caso em exame, dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, dentre os quais os direitos sociais, que se coloca o tema da imposição de condutas ao Estado-Administração com o objetivo de concretizá-los principalmente no que concerne à formulação de políticas públicas, exurgindo, por consequência, a

* Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

possibilidade de controle judicial na hipótese de sua omissão, sem que isto implique em ofensa à discricionariedade administrativa ou ao Princípio da Separação de Poderes.

É justamente nesse último aspecto que se situa o objeto do presente estudo. O que se pretende demonstrar é que o Judiciário, ao efetuar o controle das omissões administrativas não estará infringindo a harmonia e a separação entre os poderes, mas, sim, cumprindo com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais, mormente quanto à obediência à dignidade da pessoa humana como valor supremo e ao princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A entrada em vigor da atual Constituição significou o abandono da Ordem Jurídica anterior, cuja nota predominante era o total descompromisso com os direitos e garantias individuais, bem como o descompasso com os valores democráticos.

A dignidade da pessoa humana, consoante dispõe o artigo 1º da Carta Maior, constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso III) e corresponde ao respeito aos significados da democracia.

Em que pese os diversos significados atribuídos ao mencionado conceito no decorrer da história, atualmente e sob o enfoque do presente estudo, ver-se-á o conteúdo jurídico da dignidade a partir de sua relação com os chamados direitos fundamentais ou humanos, sendo certo que terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados.

Nesta linha de raciocínio, crianças e adolescentes terão respeitada sua dignidade quando seus direitos fundamentais forem observados e realizados de forma prioritária, consoante determinação do art. 227 do referido Diploma Maior.

3. O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O denominado Princípio da Prioridade Absoluta encontra fundamento no art. 227 da Carta Constitucional, que preconiza ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O referido Princípio, que trata, portanto, da dignidade da pessoa humana criança e adolescente, foi esmiuçado no artigo 4º do da Lei 8.069/90, *verbis*:

“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, à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) a precedência do 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”.

Como salienta MARCHESAN, “a soma dos vocábulos já nos indicia o sentido do princípio: qualificação dada aos direitos assegurados à população infanto-juvenil, a fim de que sejam inseridos na ordem-do-dia com primazia sobre quaisquer outros”.

Nas palavras de GONÇALVES, o princípio da prioridade absoluta é “a concretização dos direitos fundamentais, a afirmação do pleno exercício da cidadania social do cidadão Criança e Adolescente” (2002, p. 31).

Certo é, ainda, que o mencionado Princípio da Prioridade Absoluta não contém conteúdo meramente programático, configurando-se, na verdade, como norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na medida em que traz em seu bojo todos os elementos imprescindíveis à possibilidade de produção imediata dos efeitos previstos (artigo 5º, § 1º, da CF/88).

Importa considerar, ainda, a tese da máxima efetividade consagrada na doutrina para fins de sua interpretação, no sentido de sua implementação concreta, sua eficácia social, que merece inteira adesão principalmente quando o que se cuida é a prioridade constitucional ao atendimento dos direitos infanto-juvenis.

Segundo GOUVÊA:

“(..)a tese da máxima efetividade é um desdobramento do reconhecimento da força normativa da Constituição. Partindo do pressuposto de que tudo na Constituição é norma, e norma suprema, seus cultores passaram a enfatizar uma atuação que tivesse em vista não apenas a eficácia jurídica, dever ser considerando em si mesmo, mas principalmente a efetividade, a formulação de estratégias jurídicas para a transformação do dever ser em realidade” (2003, p. 42).

O Direito da Infância e da Juventude conta com a peculiaridade de ser o que mais se preocupa com a máxima efetividade, vez que minudencia, com a

precisão possível, o conteúdo das prestações devidas pelo Estado nesta seara, além de enfatizar o cabimento de toda e qualquer ação pertinente para a tutela dos direitos que enumera (art. 212 da Lei 8.069/90), alargar a legitimidade do Ministério Público para a adoção das providências judiciais e extrajudiciais necessárias à proteção de crianças e adolescentes e, finalmente, prever a possibilidade de dedução do imposto de renda dos valores doados em favor dos Conselhos de Direitos (art. 260 da mesma Lei) (*ibidem*, p. 88).

4. O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS

Para a implementação da Doutrina da Proteção Integral na sua inteireza, ou melhor, para a observância de alguns direitos contidos no art. 227 da Carta Constitucional, mormente no que concerne aos direitos sociais, necessária a ação positiva estatal¹.

Conforme GOUVÊA (*ibidem*, p. 85), extraem-se possíveis direitos prestacionais à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura, assumindo os demais direitos forma, nos mais das vezes, de direitos de defesa (vida, liberdade) e de proteção (como, p. ex, contra a negligência e a violência).

Assim é que os referidos direitos necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas públicas para serem concretizados.

As políticas públicas devem ser vistas como um processo que culmina na escolha racional ou coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito (BUCCI, 2002:264).

Conforme JOSÉ EDUARDO FARIA (*apud* PORT, 2004:164):

“Ao contrário dos direitos individuais, civis e políticos e das garantias individuais desenvolvidos pelo liberalismo burguês com base no positivismo normativista, cuja eficácia requer apenas que o Estado jamais permita sua violação, os ‘direitos sociais’ não podem simplesmente ser ‘atribuídos’ aos cidadãos. Como não são *self-executing* nem muito menos fruíveis ou exequíveis individualmente, esses direitos têm sua efetividade dependentes de um *welfare commitment*. Em outras palavras, necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade; políticas e programas especialmente formulados, implementados e executados com o objetivo de concretizar

1. A ação positiva estatal pode ser vista como dever que se contrapõe ao direito prestacional, entendido este como sendo “qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas portanto as prestações normativas) do estado” conforme definiu Gouvêa (Marcos Maselli, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003, p.11).

esses direitos e atender às expectativas por eles geradas em sua positivação. A inexistência dessas políticas e desses programas, é evidente, acaba implicando automaticamente a denegação desses direitos (...).”

Se as ditas políticas públicas, a cargo do Administrador, representam os instrumentos para o cumprimento das tarefas e programas estabelecidos na Constituição, bem como instituem novas diretrizes e metas, todas de caráter cogente, não há como deixar de reconhecer a limitação do grau de discricionariedade em sua implementação, que é ainda maior no trato dos direitos da infância e da juventude, em razão de sua prioridade absoluta.

A discricionariedade que pode ser reservada ao administrador, conforme PORT, “*não se refere ao ‘se’, nem ao ‘quando’ da implementação das políticas públicas, mas tão-somente ao ‘como’, vale dizer, à forma, meio ou maneira pelas quais são implementadas as políticas públicas. Muitas vezes mesmo os meios, bem como as respectivas fontes de custeio, já se encontram previamente determinados, como no caso já referido da política pública de assistência social*” (2004, p. 186).

O Chefe do Poder Executivo normalmente usa como argumento para a omissão na implementação dos direitos sociais o choque entre as despesas necessárias para fazer frente a estes interesses. Como bem salientou GOUVÊA, “na hipótese dos direitos previstos no art. 227, a cláusula da *prioridade absoluta* vem definitivamente bitolar o juízo político do legislador e do administrador público. Havendo duas prestações a serem exercitadas e recursos financeiros hábeis a satisfazer apenas uma delas, deverá ser eleita a que disser respeito ao atendimento infanto-juvenil” (2003, p. 85).

Como é cediço, a discricionariedade atualmente deve ser vista como um poder limitado pela Lei, e que, de há muito deixou de ser insuscetível de controle jurisdicional, mesmo porque a regra insere no art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional é de imposição obrigatória.

Entendemos, tal como PALU, que “o controle da legalidade ampla sobre o governo e administração – e a omissão destes – são não somente admissíveis *mas conseqüência natural do Estado Democrático Direito, em que o controle da legalidade transforma-se em controle de conformidade na tutela de direitos fundamentais*, com as técnicas da garantia dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, etc. havendo hoje uma ‘*administração de prestações*’ (‘Estado Providência’), em que a violação dos direitos, inclusive direitos fundamentais, que são aplicáveis independentemente de lei formal – art. 5º, § 1º, da Constituição, se faz mais pela desigualdade de tratamento, pela omissão, que pela violação direta das liberdades clássicas” (2004, p. 337).

O que tem ocorrido é que “as dificuldades em entender onde termina a legalidade e onde começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido “*mérito*” da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei” (DI PIETRO, 2001, p. 38).

Assim é que os nossos Tribunais, de modo geral, vem entendendo que caberia somente ao Administrador Público, no uso da discricionariedade administrativa, definir a implementação das políticas públicas, não podendo o Judiciário imiscuir-se na determinação de tais políticas ou no asseguramento dos direitos que ela visa garantir, sob pena de ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes.

São usados outros fundamentos, tais como o da ausência de previsão e os a seguir expostos, listados por BARCELLOS, tais como:

“ (...)

(ii) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos, etc., atributo que não caberia ao Judiciário;

(iii) a decisão sobre como e onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que há recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político;

(iv) o judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva apenas casuística e não global dos problemas, etc.” (2002, p. 208).

No que concerne ao fundamento das decisões judiciais de ausência de recursos financeiros para a implementação da Doutrina da Proteção Integral, por absoluta pertinência pede-se *venia* para trazer à baila o entendimento de GOUVÊA:

“Ora, de nada adiantariam tantos cuidados se os direitos de crianças e adolescentes permanecessem dependentes da discricionariedade da Administração, no momento de definir onde se dará a alocação dos recursos financeiros de que dispõe. A cláusula da prioridade absoluta objetiva, precisamente, restringir a discricionariedade do administrador, evitando que se tornem inócua todas as prerrogativas e garantias listadas acima. (...).

De acordo com o princípio da unidade, não existe norma hierarquicamente superior ao art. 227 da Constituição a afirmar que tais investimentos podem ser postergados em função de despesas com pagamento da dívida pública, por exemplo, ou com investimentos em outras áreas. Contrariamente ao que alegam os críticos dos direitos prestacionais, o juiz que acolhe a reserva do possível² é que está se

2. A reserva do possível, em termos gerais, pode ser entendida como a efetiva disponibilidade de recursos para que se faça viável o efetivo cumprimento da prestação requerida (Port, 2004, p. 99). Canotilho, *apud* Port (*ibidem*, p. 99), sobre o tema: “Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidade financeiras por parte do Estado. Por isso,

imiscuindo numa consideração macroeconômica que não é de sua alçada, desprestigiando com isso as normas jurídicas que determinam a primazia da infância e da juventude. Para que o não-reconhecimento do direito prestacional seja legítimo, deve o juiz basear-se não em uma dificuldade presumida, mas sim na comprovação cabal da absoluta insuficiência do Erário" (*ibid*, 2003, p. 88).

O Poder Judiciário, ao efetuar o controle das omissões administrativas não estará infringindo a harmonia e a separação entre os poderes, mas, sim, em verdade, cumprindo com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais que foram denegados pelo Administrador, mormente quanto à obediência à dignidade da pessoa humana como valor supremo e ao princípio da prioridade absoluta aos direitos das crianças e adolescentes.

5. CONCLUSÃO

Em conclusão, podemos afirmar que o singelo estudo teve por desiderato contribuir para uma nova postura do Poder Judiciário a partir do controle das omissões públicas de forma a conferir real eficácia ao Princípio da Prioridade Absoluta, mormente quanto ao núcleo de seus direitos sociais os quais demandam prestações positivas por parte do Estado.

Para tanto, entendemos que o Judiciário pode e deve efetuar o referido controle quando acionado, sem que esteja invadindo a seara discricionária do Administrador e o Princípio da Separação de Poderes, afastando-se, ainda, da aplicação do fundamento da reserva do possível e do argumento da inexistência de recursos destinados à tutela dos interesses infanto-juvenis, senão quando isto estiver absolutamente comprovado.

Em assim o fazendo, não estará senão reconhecendo a máxima efetividade aos direitos das crianças e adolescentes, cumprindo, portanto, com seu relevante papel de determinar a realização prática dos preceitos constitucionais, fazendo com que os mesmos não se traduzam em meras exortações e intenções para o futuro.

Impõe-se uma visão clara dos institutos tratados a fim de que o Princípio da Prioridade Absoluta não se torne letra morta, vez que oprimir sua eficácia "é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso. É fazer de um diploma que se pretenda revolucionário, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento de acomodação" (MARCHESAN, *ibid*, p. 25).

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (...)"

6. BIBLIOGRAFIA

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

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GARCIA, Emerson (coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GONÇALVES, Maria Dinair Acosta. *Proteção integral: paradigma multidisciplinar do direito pós-moderno*. Porto Alegre, Alcance, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle das omissões administrativas – Novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. Igualdade, Curitiba, v.6, n. 21, p.01-35, out/dez 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS Editora, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. 2ª edição, São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SHREIBER, Elizabeth. *Os direitos fundamentais da criança na violência intrafamiliar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.