

A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

THE JUDICIAL ROLE IN ACHIEVING THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Haroldo Luiz Rigo da Silva¹

RESUMO

O presente artigo visa em um primeiro momento abordar a internalização na legislação pátria dos direitos humanos da criança e do adolescente, situando as referências legislativas da doutrina da proteção integral, trazendo a classificação dos direitos fundamentais. Identifica o mínimo existencial como direito fundamental autônomo, não se traduzindo exclusivamente como parte mínima de concretização e proteção de direitos fundamentais com dignidade humana. O trabalho esclarece o alcance da cláusula aberta do art. 5º, §2º, da CF, que propicia um reconhecimento amplo de direitos fundamentais materiais não formais. Baliza este alcance sob o crivo do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana, enfrentando o viés econômico no processo interpretativo e o ativismo judicial como elemento de concretização dos direitos fundamentais prestacionais (aspecto substancial).

Palavras-chave: ativismo judicial; direitos fundamentais; dignidade da pessoa humana; mínimo existencial

¹ Aluno do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe, Coordenador Estadual da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e Juventude (ABRAMINJ)

ABSTRACT

This article aims at first to address the internalization in the homeland legislation of human rights of the child and adolescent, situating the doctrine legislative references of integral protection, bringing the classification of fundamental rights. Identifies the existential minimum as an autonomous fundamental right, not exclusively translated as minimal part of realization and protection of fundamental rights to human dignity. The work clarifies the scope of open clause of Art. 5º, § 2º, of the Constitution, which provides a broad recognition of non-formal fundamental material rights. Reach this goal under the screen of the minimum existential and the principle of human dignity, facing economic bias in the interpretative process and judicial activism as an element of achievement of fundamental rights provided through services (substantial aspect).

Keywords judicial activism; fundamental rights; dignity of the human person; existential minimum;

I - Introdução

Vivemos hoje o advento de uma sociedade com a plenitude do exercício das liberdades individuais, uma nova configuração da família e da autoridade dos pais na boa condução desta célula essencial das estruturas sociais, com uma mudança no protagonismo do judiciário na condução das questões que envolvem crianças e adolescentes desde 1988 a partir da doutrina da proteção integral em substituição à doutrina da situação irregular, sendo

cobrado cada vez mais uma repartição de competências e responsabilidades entre cada esfera de governo e de poder, sociedade civil organizada e família.

Nesta perspectiva encontramos problemas como o avanço do crime organizado e com ele da drogadição com substâncias cada vez mais acessíveis e com efeitos avassaladores sobre as relações sociais, degradação da escola e a falta de uma ordem com uma autoridade adequada na unidade familiar, que reconheça o novo ser que habita esta célula fundamental, qual seja, crianças e adolescente como sujeitos de direitos, a violência no âmbito doméstico, principal foco das maiores violações dos direitos das crianças e adolescentes, com agressões físicas e de cunho sexual ao trabalho infantil, etc.

Para enfrentar todas estas questões que desaguam no judiciário como última *ratio*, o qual vem sendo descoberto pela sociedade brasileira, que tem aprendido a exercitar seus direitos nas diversas esferas da estrutura do estado social democrático, há a necessidade de uma especialização do Estado e das instâncias organizadas da sociedade, visto que, não há mais espaço para que um ente, seja das esferas de governo, seja da sociedade civil organizada, faça as vezes do outro, desperdiçando energia e deixando de se ter uma ação efetiva e eficiente em um mundo globalizado que demanda ações cada vez mais instantâneas, com mudanças nas realidades sociais em uma velocidade sem precedentes.

Ocorre que por vezes o Estado se omite quanto à medida legislativa ou executiva necessária à implementação do direito fundamental, não atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana sob a ótica do mínimo existencial.

É diante deste cenário que aflora a discussão sobre os limites em que o judiciário deve se postar, mas sem deixar de propiciar uma resposta efetiva, exarando decisões que tem aplicado ações afirmativas do Estado diante destas omissões na concretização de direitos fundamentais.²

² No sentido do texto, a jurisprudência do STF: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA REFLEXA. POLÍTICAS PÚBLICAS. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A apreciação dos temas constitucionais, no caso, depende do prévio exame de normas infraconstitucionais. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. II - **Admite-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública.** Precedentes. III - Agravo regimental improvido." (GRIFO NOSSO) (AI 664053 AgR / RO - RONDÔNIA; STF, Primeira Turma; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 03/03/2009; Publicação DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009, EMENT VOL-02354-06 PP-01282)

II - A normatividade da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico pátrio

Os direitos humanos, direitos dos homens em nível supra nacional, consagrados nos tratados e convenções internacionais, ratificados pelo Estado brasileiro, adentram no ordenamento jurídico nacional como normas supralegais, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição Federal³, e uma vez aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por quorum de 3/5, se equiparam às Emendas Constitucionais (art. 5º, §3º, da CF/88).⁴

Quando estes direitos são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de cada Estado, denominam-se direitos fundamentais. Os direitos fundamentais das crianças e adolescentes podem ter alcance homogêneo, atribuíveis a todos os membros da família, sendo que, ao serem relacionados a pessoas em processo de formação da personalidade adulta, apresentam diferenciações em relação ao direito das demais pessoas; e, podem ter alcance heterogêneo, quando dizem respeito à peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, tratando-se de direitos efêmeros, visto que, não fruídos no tempo oportuno, não há sentido algum efetivá-los quando já existir personalidade adulta formada.⁵

As bases normativas da doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico brasileiro estão substanciadas nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, nos artigos 227 e 228⁶ da CF e na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do

³ “(...) o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...)” (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3-12-2008, Plenário, *DJE* de 5-6-2009, com repercussão geral.)

⁴ “(...) Na mesma linha afirmativa, há poucos anos, incorporou-se ao ordenamento constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da CF, o qual foi internalizado por meio do Decreto presidencial 6.949/2009. (...)” (ADI 903, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 22-5-2013, Plenário, *DJE* de 7-2-2014.)

⁵ Dentro deste contexto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou sentença proferida pelo Juízo da Infância e Juventude da comarca de Santos (ação civil pública 832/05) reconhecendo o dever do Município de arcar com danos morais a crianças que não obtiveram uma vaga em creche na idade adequada (CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. *A Proteção Jurídica da Infância, da Adolescência e da Juventude*. São Paulo: editor Verbatim, 2013. p. 15-16).

⁶ CF/88. 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)

(...)

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Adolescente). Importante destacar ainda a previsão do art. 3º da Lei 8.069/90⁷ que reafirma a garantia às crianças e adolescentes, além daqueles direitos humanos específicos, todos aqueles inerentes à pessoa humana.

O art. 227 da CF elenca direitos fundamentais da criança e do adolescente, repetidos pelo art. 4º da Lei 8.069/90, que guardam similitude com os direitos substanciais das crianças trazidos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989, vigente desde 1990, ratificada pela República Federativa do Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 28 de 14 de setembro de 1990.

Os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, consoante a previsão constitucional, rol do art. 227 da CF, asseguram direitos civis e sociais a estes sujeitos de direitos, traduzidos na classificação de José Afonso da Silva em normas de eficácia plena, que não dependem de integração legislativa para a sua aplicabilidade direta, imediata e integral, normas de eficácia contida, que podem ter a sua eficácia reduzida ao receber integração legislativa infraconstitucional, e normas de eficácia limitada, que dependem de intervenção legislativa para incidirem, podendo estas últimas serem de princípio institutivo ou organizativo, quando propõem a criação de organismo ou entidade, e de princípio programático, quando veiculam políticas públicas ou programas de governo.⁸

A relação entre estes direitos fundamentais da criança e do adolescente, em que pese alguns garantirem direitos civis e outros direitos sociais, não podem ser divididos em dois grupos, conferindo-se juridicidade aos direitos civis, diante da aplicabilidade imediata e negando-a aos direitos sociais, em razão de eficácia limitada. Há entre estes dois grupos uma complementariedade, somente sendo efetivados alguns direitos civis sob a perspectiva da dignidade humana se se fizerem presentes alguns direitos sociais.⁹

⁷ Lei n. 8.069/90, 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.

⁸ CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora Jus Podivm, 8ª edição, 2014. p. 140.

⁹ (...) os direitos relacionados à vida, à liberdade, dentre outros, só podem ser concretamente efetivados, sob a perspectiva da dignidade humana, se concomitantemente se fizerem presentes os direitos de alimentação, de saúde, de convivência familiar (CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. A Proteção Jurídica da Infância, da Adolescência e da Juventude. São Paulo: editor Verbatim, 2013. p. 44).

Atinente às normas programáticas relacionadas às crianças e adolescentes, em razão do princípio da prioridade absoluta, deve o Estado implementá-las em primeiro lugar, afastando-se assim a discricionariedade administrativa em efetivá-las.¹⁰

Desta forma, é papel fundamental ao Estado-Juiz na interpretação das normas de direitos humanos na esfera da infância e juventude ao propor nas suas decisões judiciais a efetivação de um direito ou a implementação de uma política pública objeto de omissão dos entes do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, identificar a natureza jurídica deste direito e o grau de proteção a ele garantido a partir dos princípios e valores, bem como, das regras já existentes e do regime estatal adotado.

III - Mínimo Existencial e Dignidade da Pessoa Humana

III.1 - Mínimo Existencial: um direito materialmente fundamental autônomo, não previsto formalmente

Posicionar topologicamente um instituto jurídico é o ponto de partida para entender seu alcance dentro do arcabouço de um ordenamento jurídico, os princípios que o balizam e consequentemente o grau de proteção a ele conferido.

As Cartas Constitucionais dos Estados Democráticos de Direitos na sua maioria extraíram seu rol de direitos fundamentais do "catálogo de direitos humanos" encartados da Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, sendo esta transformação em direito positivo um passo importante para que seu cumprimento esteja garantido.¹¹

Ocorre que existem direitos humanos que não estão positivados na Constituição de todos os Estados, outros que sequer estão anotados em documentos internacionais e, mesmo estando escritos em tratados ou convenções, existem determinados Estados que não aderiram ao documento protetivo, não trazendo efeitos para o seu espaço soberano.¹²

Nesta perspectiva da internalização dos direitos humanos, os direitos fundamentais podem ser classificados em formais, aqueles direitos humanos positivados na Constituição

¹⁰ Idem. p. 45.

¹¹ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 43-44.

¹² BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. *O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2013. p. 52

Federal, rol do art. 5º da CF, ou dispersos ao longo da Carta, como os previstos nos arts. 170 e 227 da CF, estes últimos atinentes às crianças e adolescentes, conforme já tratamos acima; e, materiais, aqueles que guardam uma relação direta com o fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana, isto é, a sua faceta material que se encontra na importância do seu objeto e/ou promoção. Portanto, nem todo direito fundamental formalmente constitucional o é materialmente constitucional, porém pelo fato de estarem inventariados no mesmo rol de direitos, os direitos fundamentais, são garantidos de um mesmo regime jurídico.¹³

Há ainda um rol de direitos fundamentais que materialmente guardam ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, contudo não formais, diante da ausência de previsão expressa na Constituição Federal. São eles implícitos, decorrentes indiretamente do próprio texto constitucional, de modo a serem inerentes ao próprio sistema jurídico constitucional brasileiro, e decorrentes, os que não estão expressos ou ocultos no texto constitucional, devendo ser reconhecidos pelo Estado.¹⁴

O grande desafio do Estado Social Democrático, uma vez reconhecido o espectro dos direitos humanos, é a sua salvaguarda, estabelecendo um direito mínimo à existência humana (máximo do mínimo - garantir a fruição do direito de forma condigna), superando a etapa do mínimo vital (mínimo do mínimo - fruição sem dignidade), perseguindo progressivamente a condição ideal (máximo do máximo). Desta forma, “não se espera do mínimo existencial as condições ideais, tampouco se aceita o que está aquém da dignidade humana”.^{15 16}

¹³ Idem. p. 55-56

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º ed. rev. atual. ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92.

¹⁵ Idem. p. 70.

¹⁶ (...) - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV) (...)“(ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO; STF; Segunda Turma; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/08/2011; Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011, EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

É neste contexto de reserva de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro direito sobre direitos, sem conteúdo próprio¹⁷, que o mínimo existencial salvaguarda a sua natureza jurídica de direito autônomo, não se traduzindo exclusivamente como parte mínima de concretização e proteção de direitos fundamentais com dignidade humana¹⁸, servindo efetivamente como elemento de triagem dos direitos fundamentais materiais.

Nesta perspectiva o mínimo existencial tem uma tríplice dimensão: como um verdadeiro direito fundamental, justificando pretensões humanas afetas à dignidade da pessoa humana e que não estejam reconhecidos pelo Estado, como fundamento de novos direitos fundamentais materiais ainda não implementados pelo Estado e, como fundamento ao lado do fundamento do direito fundamental objeto de análise no momento, para a demanda de novas perspectivas, ainda não amparadas pelo Estado.¹⁹

III.2 - Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, rol exemplificativo. Balizas para o reconhecimento de um direito material fundamental, não formal

O art. 5º, §2º, da CF²⁰, trata-se de verdadeira válvula para ampliação dos direitos fundamentais, seja diante de novos direitos, seja materializando novas perspectivas a direitos fundamentais já conhecidos, sendo que a sua localização não restringe a sua abrangência aos direitos encartados no art. 5º, estendendo-se a direitos sociais, coletivos, difusos, políticos e de nacionalidade.²¹ O dispositivo é uma garantia constitucional, estabelece-se nesta regra um conceito aberto de direitos fundamentais no sistema jurídico-constitucional brasileiro.²²

¹⁷ BITTENCOURT NETO, Eurico. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 173.

¹⁸ BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Curitiba: Multideia, 2013. p. 54.

¹⁹ Idem. p. 61.

²⁰ CF, art. 5º, § 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.

²¹ DOBROWOLSKI, Silvio. Direitos fundamentais - a cláusula de expansão do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15651-15652-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 julho 2014.

²² BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Curitiba: Multideia, 2013. p. 57.

O Brasil conta com indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, que devem ser atendidos pelos setores público e privado, quais sejam, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²³ A estes parâmetros, soma-se, no caso de crianças e adolescentes, o princípio da prioridade absoluta. E, em linhas gerais quando se trata de direitos fundamentais prestacionais há de se ater também ao não retrocesso social²⁴, referindo-se Gesta Leal ao não retrocesso social aquém do mínimo existencial fisiológico.²⁵

O mínimo existencial conta com um aspecto constitutivo, conjunto de direitos garantidores da dignidade da pessoa humana, e outro substancial, que representa as balizas mínimas e máximas de gozo de determinado direito com dignidade. Exemplo é a vida e saúde (aspecto constitutivo), essenciais à vida condigna, variando a quantidade/qualidade que deverá ser observado para a sua concretização (aspecto substancial)²⁶, atendendo os indicadores constitucionais parametrizadores que se contextualizarem com o direito em questão, mirando-se os preceitos do Estado Social Democrático como democracia, pluralidade, igualdade material, liberdade, bem como os princípios do regime econômico, jurídico e político vigente²⁷, ou seja, sob o prisma da natureza comunitária e não meramente individual dos direitos humanos fundamentais, uma vez que os direitos individuais

²³ LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 96.

²⁴ “(...) A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. (...) (ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO; STF; Segunda Turma; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/08/2011; Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011, EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

²⁵ Idem. p. 93.

²⁶ BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Curitiba: Multideia, 2013. p. 63.

²⁷ Idem. p. 66.

assegurados, o são dentro de uma comunidade que a todos os seus cidadãos precisa garantir e promover direitos.²⁸

III.3 - O viés econômico da avaliação. Quanto custa a concretização do direito fundamental, atendido o princípio da dignidade da pessoa humana nas balizas do mínimo existencial?

Partindo-se da natureza comunitária dos direitos fundamentais a serem concretizados, há de se respeitar a faixa de concretização do mínimo existencial (mínimo de máximo ao máximo do máximo), atendendo dentre outros preceitos à igualdade material e ao regime econômico, não podendo o Estado prestar ao cidadão dentre as possibilidades de implementação de uma política pública ou de um direito fundamental, a solução de custo mais baixo que não garanta a fruição deste direito com dignidade, nem a de custo mais elevado que extrapola a condição ideal sob uma ótica comunitária, inviabilizando o acesso de outros integrantes do meio social àquela mesma solução ou até privando-os do acesso a outras prestações pela concentração dos recursos escassos em um único atendimento.²⁹

Cabe ao julgador conhecer ainda os efeitos sistêmicos de sua decisão, sem tê-los como causa única ou determinante de decidir, harmonizando esta ponderação com um fundamento constitucional que o ampare, garantindo-se uma decisão que guarneça o mínimo existencial de forma razoável e responsável³⁰. Assim, pode-se atender às necessidades humanas traduzidas em direitos fundamentais sob o crivo do princípio da dignidade da pessoa humana, norteados pelo princípio em razão do mínimo existencial, porém atendo-se ao não retrocesso social e sempre ponderando os valores em conflito.

Há de ter em mente ao se implementar por meio de uma decisão judicial um direito fundamental negado pela omissão do Legislativo ou do Executivo o cenários de escassez de

²⁸ LEAL, Rogério Gesta. Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 102.

²⁹ “Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*)”. (STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2012)

³⁰ BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Curitiba: Multideia, 2013. p. 85-86.

recursos. Estes podem ser naturais, quando nenhum movimento pode ser realizado para aumentar o número de recursos, quase-naturais, quando esta ação para o aumento de recursos não pode ser implementada pelos membros sociais, e artificiais quando opções (políticas, jurídicas, legislativas) do Estado acabam gerando este cenário.^{31 32}

O viés econômico da avaliação deverá ser sopesado diante de elementos auferíveis e não sobre especulações³³, cabendo o juiz na "escolha trágica", frente ao cenário de escassez, promover a locação de recursos de outras áreas em que sua aplicação não está ligada diretamente aos direitos mais essenciais dos homens como vida, integridade física e saúde³⁴, protegendo, garantindo e concretizando os direitos fundamentais (melhor argumento, razões jurídicas) e ao mesmo tempo ponderando critérios de escolha racional e de eficiência, evitando desperdícios de recursos (melhor utilidade, razões econômicas)³⁵.

A teoria da reserva do possível, com origem no direito alemão, foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão em três dimensões: a primeira negativa, que trata da razoabilidade da postulação diante da escassez de recursos, ponderando-se se o pleito a ser deferido irá ou não comprometer outros direitos de interesse comum à sociedade; a segunda é a dimensão fálica, também quanto ao prisma da escassez de recursos, sob a lógica do como e quanto conceder racionalmente; e, a terceira, a dimensão jurídica, trabalha com a indisponibilidade de recursos, decorrente da lei orçamentária ou do próprio orçamento, aqui está presente a escassez artificial.³⁶

No Brasil foi tratado sob a dimensão da reserva do financeiramente possível, qual seja, a suficiência do recurso e a previsão orçamentária.³⁷ O Supremo Tribunal Federal atento

³¹ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73.

³² "Se o mínimo existencial protege a dignidade humana e é trabalhado sob a lógica do "máximo do mínimo", é de se reconhecer que ele não pode sofrer limitações sob o ponto de vista do seu custo, com exceção do comprovado cenário de escassez natural (pura). Os demais casos de escassez (a escassez quase-natural e a artificial), não são aptos a obstar o mínimo existencial, porque em ambas o Estado possui mecanismos legais, jurídicos e político para solucioná-las." (BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Curitiba: Multideia, 2013. p. 87).

³³ Idem. p. 81.

³⁴ KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 52-53.

³⁵ BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Curitiba: Multideia, 2013. p. 86

³⁶ Idem. p. 91-93.

³⁷ Idem. p. 95.

a este viés, tratou a reserva do financeiro possível como exceção no sistema jurídico brasileiro, somente a admitindo nos casos da escassez declarada.^{38 39}

IV - Judiciário: uma instância democrática. Ativismo Judicial - instrumento de concretização dos direitos fundamentais prestacionais

A judicialização e o ativismo judicial são fenômenos distintos e que não tem a mesma origem. A judicialização decorre da vontade do constituinte e não do judiciário, o qual atua porque é o que lhe cabia fazer, pois no exercício do controle de constitucionalidade nas suas diferentes esferas, juízes singulares, tribunais no 2º grau de jurisdição e tribunais superiores. Interessante enfatizar que em razão do modelo analítico da nossa Constituição, com um controle de constitucionalidade abrangente, onde há um sistema de controle difuso aferível por qualquer juiz ou tribunal e um controle por ação direta com um rol de legitimados amplo, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.⁴⁰

Já o ativismo judicial se faz presente na postura do intérprete que de modo proativo e expansivo ao interpretar a Constituição, potencializa o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário, sem invadir o campo da criação livre do direito, mas extraindo o máximo das potencialidades do texto constitucional. Ocorre em decorrência de uma participação mais ampla do judiciário na concretização de valores e fins constitucionais,

³⁸ Idem. p. 96-97.

³⁹ "(...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes (...)” (ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO; STF; Segunda Turma; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/08/2011; Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011, EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

⁴⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 05 agosto 2014. p. 4, 6 e 17.

com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.⁴¹ Um exemplo de ativismo, mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, em matéria de política públicas é a distribuição de medicamentos e determinação de terapias por decisão judicial, com condenação da União, do Estado ou do Município, por vezes, solidariamente.⁴² Outro exemplo, trazido em precedente do STF, é a disponibilização de vagas em creches.⁴³

Barroso, ao tratar da judicialização e do ativismo, apresenta três objeções à intervenção judicial na vida brasileira.⁴⁴

A um, o risco para a legitimidade democrática, visto que os membros do Poder Judiciário não são eleitos, concluindo que dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, existindo lei válida, não cabe ao julgador, ao aplicar uma cláusula constitucional aberta, vaga ou fluida, como a dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental, deixar de aplicar o dispositivo da lei.

A dois, o risco da politização da justiça, advertindo que embora não possa o julgador ser indiferente às consequências políticas de suas decisões, estas devem ser pautadas nas

⁴¹ Idem. p. 6-7 e 17.

⁴² Idem. p. 8-9.

⁴³ "(...) POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças até 5 (cinco) anos de idade" (CF, art. 208, IV), **o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.** - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional (...)" (GRIFO NOSSO) (ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO; STF; Segunda Turma; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/08/2011; Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011, EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

⁴⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 05 agosto 2014. p. 17-18.

possibilidades e limites abertos pelo ordenamento jurídico, sob os cânones da racionalidade, objetividade e motivação das decisões, guardando respeito à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação e aos precedentes, estes últimos, reconhecidos por Patrícia Perrone Campos Mello como um avanço civilizatório, um fator de segurança jurídica, isonomia e eficiência.⁴⁵

A três, referente à falta de capacidade institucional do judiciário para decidir determinadas matérias, cabendo ao judiciário nas questões que envolvem conhecimentos específicos e discricionariedade técnica, ter deferência às valorações da instância técnica, desde que possuam razoabilidade e procedimento adequado.

Desta forma, atendidos estes limites, o ativismo judicial é uma ferramenta à disposição do Poder Judiciário, atuando em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, cujo uso deve ser eventual e controlado. Colacionamos assim, julgado do STF que sopesa estes valores, dando concretude à política pública na área da educação, promovendo o direito fundamental no seu aspecto substancial.⁴⁶

IV - Conclusão

Um judiciário com as características anteriores à Constituição Federal de 1988, de auto-contenção, na qual procura reduzir a sua interferência nas ações dos outros Poderes, não aplicando a Constituição a situações não abarcadas expressamente no seu âmbito de

⁴⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedente: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo brasileiro, 2007.

⁴⁶ (...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes (...) (ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO; STF; Segunda Turma; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 23/08/2011; Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011, EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

incidência, utilizando critérios rígidos e conservadores na declaração de inconstitucionalidade e abstando-se de interferir nas políticas públicas, não cabe mais diante das ferramentas trazidas na nova Carta Constitucional que conferem ao judiciário um maior protagonismo na concretização dos valores e fins constitucionais.

Ocorre que cabe ao Judiciário agir com responsabilidade ao se empoderar destes institutos a serviço da solidificação do Estado Democrático de Direito e da efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles direitos fundamentais meramente formais, ou materiais, estes últimos positivados, implícitos ou decorrentes.

Nesta perspectiva, num primeiro passo, há de se reconhecer os direitos fundamentais e aplicar na sua efetivação o espectro do mínimo existencial para garantir a sua fruição com dignidade, sempre em um processo evolutivo, buscando atingir a sua realização ideal sob uma perspectiva comunitária.

Os direitos fundamentais, assegurados às crianças e adolescentes e recentemente ao jovem, receberam da Carta de 1988 o status da prioridade absoluta, o que lhe confere a primazia no exercício da discricionariedade na implementação dos direitos e das políticas públicas.

Assim respeitado pelo judiciário a separação dos Poderes, uma vez regularmente promovidos os direitos fundamentais, sob um aspecto de constitucionalidade, portanto dentro do conceito de dignidade da pessoa humana, não cabe a intervenção do Judiciário, posto que Legislativo e Executivo, primeiros destinatários destas normas cumpriram a sua missão Constitucional, efetivando dentro da sua discricionariedade os direitos fundamentais e as políticas públicas a eles inerentes.

Apenas na omissão dos demais Poderes cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na concretização dos referidos direitos fundamentais mediante providências afirmativas decorrentes de decisões judiciais, quando o mínimo existencial não estiver sendo assegurado, no seu espectro do mínimo do máximo ao máximo do máximo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 05 agosto 2014.
- BITTENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BOLESINA, Iuri, HENNIG LEAL, Mônica Clarissa. *O Mínimo Existencial e o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Curitiba: Multideia, 2013.
- CARMELLO JUNIOR, Carlos Alberto. *A Proteção Jurídica da Infância, da Adolescência e da Juventude*. São Paulo: editor Verbatim, 2013.
- CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Jus Podivm, 8ª edição, 2014.
- DOBROWOLSKI, Silvio. *Direitos fundamentais - a cláusula de expansão do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15651-15652-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 julho 2014.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedente: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo brasileiro*, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10º ed. rev. atual. ampla. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2012.