



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O ativismo judicial para proteção da criança e do adolescente

Mayra Moriconi Valerio

Rio de Janeiro
2010

MAYRA MORICONI VALERIO

O ativismo judicial para proteção da criança e do adolescente

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Néli Fetzner
Prof. Mônica Areal
Prof. Néelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

MAYRA MORICONI VALERIO

O ATIVISMO JUDICIAL PARA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Mayra Moriconi Valerio

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogada - Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: A dirigente e compromissória Constituição Federal de 1988 enumerou direitos sociais para a promoção da dignidade humana, conferindo absoluta prioridade aos direitos da criança e do adolescente, cabendo ao legislador ordinário sua pormenorização e ao administrador público sua concretização. A omissão do Poder Público em promover o bem-estar social autoriza o Judiciário a determinar a imposição ou abstenção de condutas para implementar políticas públicas, relativizando o Princípio da Separação de Poderes, mas evitando a subversão da ordem constitucional.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais Sociais, Eficácia, Ativismo Judicial, Proteção à Criança e ao Adolescente

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais. 1.1. Breve Histórico. 1.2. As Dimensões dos Direitos Fundamentais. 2. A Eficácia dos Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão. 3. Direitos Sociais como Direitos Subjetivos às Prestações Materiais. 4. Ativismo Judicial. 4.1. Implementação de Políticas Públicas. 4.2. Implementação de Políticas Públicas para a Proteção Integral da Infância e Adolescência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho tem por escopo focar a recente e controvertida temática acerca da implementação de políticas públicas pelo Judiciário, uma das vertentes do denominado ativismo judicial, vale dizer, a possibilidade que tem este Poder em realizar determinadas funções, cuja legitimidade original pertence ao legislador ordinário e à Administração Pública, em cumprimento às determinações emanadas das leis elaboradas pelo Legislativo.

O Poder do Estado é uno, mas repartido em funções, ainda que não de forma exclusiva, entre os seus três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo que coexistem harmoniosamente entre si, decorrendo daí um dos princípios pilares do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o Princípio da Separação de Poderes. Todavia, apesar do fato de a Constituição Federal de 1988 ser compromissória, ou seja, incumbida da realização de políticas públicas para o bem estar de seus cidadãos, muitas vezes, por diversos motivos, tal finalidade não é atendida, marginalizando determinados grupos sociais e violando diretamente direitos fundamentais e o princípio matriz de todo o ordenamento jurídico; aquele que possui superioridade axiológica em relação a todos os demais e que serve de norte para os objetivos a serem alcançados pelo Estado Brasileiro: o Princípio da Dignidade Humana.

Desta feita, torna-se primordial que, para o imediato atendimento do núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais, dispostos no texto constitucional de 1988, sejam efetuadas medidas de caráter emergencial. Neste tocante, possui o Poder Judiciário função primordial na efetiva concessão de tais direitos e garantias, ainda que, para tanto, tenha que intervir na atividade precípua do Poder Executivo, que é a de realizar as políticas públicas previstas pelo Legislativo.

O ponto nodal da possibilidade de implementação de políticas públicas pelo Judiciário é o confronto direto com os demais princípios também dispostos no texto

constitucional, bem como aqueles decorrentes de sua interpretação, mormente a Separação de Poderes, os Princípios Orçamentários e a Reserva do Possível, buscando-se ponderá-los no caso concreto. Ademais, impende destacar a dificuldade enfrentada pelo Judiciário para a realização dessas condutas, uma vez que suas decisões têm caráter contramajoritário, haja vista que o processo seletivo dos magistrados não se faz pelas vias eleitorais, mas por concurso público, conforme dispõe o artigo 37, II, Carta Política, diferente das decisões proferidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, cujos representantes são eleitos por meio de processo democrático com a participação direta da população e, portanto, têm caráter majoritário.

A possibilidade de concretização de políticas públicas pelo Poder Judiciário deve ser observada, principalmente, nas atividades sócio-educativas voltadas ao atendimento de crianças e adolescentes nas quais o Poder Público foi omissos ou ineficaz, seja porque o legislador não elaborou a norma cujo conteúdo programático constava no texto constitucional, seja porque o administrador público, por questões de conveniência e oportunidade não as implementou. Essa prioridade é decorrente de comando expresso advindo da norma constante no artigo 227 da Constituição Federal, que determina a prioridade absoluta na realização das condutas públicas que promovam o bem-estar da criança e do adolescente.

Desta forma, o trabalho busca trazer à baila as principais e delicadas questões que envolvem a possibilidade de realização de políticas públicas pelo Judiciário, ao proferir decisões mandamentais relativas, por exemplo, à construção de creches e hospitais, em virtude da real necessidade de seus jurisdicionados, desde que, logicamente, tenha sido previamente provocado para tanto, e a atual posição de Supremo Tribunal Federal a respeito desse tema.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2. BREVE HISTÓRICO

O conceito histórico dos direitos fundamentais é um produto da modernidade proveniente das revoluções liberais do século XVIII. Contudo, não significa que os pilares destes direitos não existissem anteriormente. Segundo MARTÍNEZ, (1999), as idéias de dignidade humana, liberdade e igualdade já eram demonstradas nas obras de autores clássicos como Platão, Aristóteles e Santo Tomás de Aquino, mas ainda de forma dispersa, somente unificando-se como direito em um determinado momento histórico de transformação da cultura política, jurídica, econômica e social.

O pensamento de Santo Tomás de Aquino, além de afirmar a igualdade cristã entre os homens perante Deus, professava a existência de duas ordens: a do direito natural - expressão da racionalidade do homem - e a do direito positivo, cuja desobediência dos governantes ao direito natural poderia, inclusive, justificar o direito de resistência por parte da população. Já no que concerne à doutrina greco-romana, pode-se aludir que suas democracias baseavam-se em um modelo político em que os homens eram livres e dotados de individualidade, demonstrando, claramente, que já existiam os conceitos e valores que influenciaram a doutrina jusnaturalista, pilar dos direitos fundamentais, que atingiu seu apogeu nos séculos XVII e XVIII, notadamente com o movimento Iluminista.

Com efeito, assinala MARTÍNEZ, (1999) que a evolução econômica e social que se inicia no século XVII, representa a transição do feudalismo para o capitalismo e, paralelamente, a aparição de um novo segmento social - a burguesia como classe progressiva e em ascensão - e a afirmação de um sistema que, em seu amadurecimento, será o capitalismo. Ressalte-se que a realidade que se firma é dinâmica e, portanto, aberta, mesclando-se elementos medievais com elementos novos.

Foi nesta época, particularmente na Inglaterra, que a idéia de direitos naturais do homem e a concepção contratualista da sociedade obtiveram relevância prática com as várias cartas de direitos assinadas pelos monarcas do período. Neste contexto, de acordo com MARTÍNEZ, (1999), os direitos fundamentais aparecem como produção normativa do Estado Moderno, impulsionados pelas concepções do Humanismo, Racionalismo e Naturalismo, que elevam o homem ao centro do universo, colocando-o como construtor de si mesmo e dominador de toda a natureza. A idéia de um saber puramente humano, contrapondo-se às explicações da teologia e baseando-se nas explicações imanentes das ciências, artes, literatura e, sobretudo, provenientes da razão, direcionam a criação das normas para a difusão dos direitos fundamentais.

1.2. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme leciona SARLET (2008), desde o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras constituições, houve profundas transformações no que concerne ao seu conteúdo, extensão, efetivação, eficácia e titularidade, devido, principalmente, às mutações ocorridas na própria humanidade. Sem dúvida, os direitos fundamentais progrediram conjuntamente com a história do homem, mas em um processo cumulativo, de complementaridade e não de substituição por novos direitos fundamentais. Portanto, é possível falar, na esteira da mais moderna doutrina de BONAVIDES, (2000), em dimensões dos direitos fundamentais (mas ainda há quem prefira mencionar gerações de direitos fundamentais, o que pode dar a falsa sensação de substituição de uma geração por outra).

Os direitos fundamentais da primeira dimensão são considerados direitos de cunho negativo, porque representam o impedimento da intervenção estatal dentro da esfera individual de cada cidadão e não uma conduta positiva por parte do Estado. Desta forma, são

direitos de defesa, oposição e resistência dos indivíduos e representam o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, tendo profunda influência jusnaturalista. São, portanto, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, sendo mais tarde complementados pelas liberdades de expressão, incluindo o direito à intimidade, os direitos de participação política e as liberdades coletivas (como liberdade de imprensa, de reunião e associação).

A evolução histórica trouxe, conseqüentemente, transformações nos direitos fundamentais que existiam nas primeiras constituições. Já no século XIX, os problemas sociais e econômicos gerados pelo impacto da industrialização, aliados ao surgimento de doutrinas socialistas, fizeram com que fossem reivindicadas do Estado, condutas positivas direcionadas ao estabelecimento da justiça social. Por conseguinte, os direitos fundamentais foram complementados a fim de acompanharem essas transformações, sendo, portanto, denominados pela doutrina como pertencentes à segunda dimensão.

Assim, passam a ter cunho positivo, não mais por se tratarem de direitos de liberdade perante o Estado, mas sim, por condutas realizadas por intermédio deste, haja vista a verificação de que a consagração das liberdades e igualdades formais não era suficiente para o seu efetivo gozo por parte de seus titulares. Desta maneira, para SARLET, (2008), a segunda dimensão dos direitos fundamentais demonstra a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, sendo caracterizadas por concederem aos indivíduos direitos às prestações sociais estatais, como assistência social, trabalho, educação e saúde. Impende destacar que foi somente no pós-guerra do século XX que um significativo número de constituições e de pactos internacionais passou a consagrar estes novos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais pertencentes à terceira dimensão são aqueles que se destinam à proteção de grupos humanos e não de um único indivíduo isoladamente. Por isso,

são também denominados de direitos de fraternidade e de solidariedade, devido à difusão de sua titularidade, na maioria das vezes, indeterminável. Necessitam de esforços coletivos, até mesmo em nível mundial, para terem efetivação e, por conta disso, sua positivação encontra-se, principalmente, em tratados internacionais, apesar de algumas exceções em parte destes direitos existirem no âmbito do direito constitucional. Neste ínterim, pode-se citar o direito à paz, ao meio ambiente e qualidade de vida, à autodeterminação dos povos, à conservação e utilização de patrimônios históricos e culturais.

Há também a tendência em reconhecer uma quarta dimensão, novamente buscando sincronizar a evolução das sociedades modernas com os tradicionais conceitos de direitos fundamentais. Assim, esses direitos representariam, nas palavras de BONAVIDES, (2000), a globalização dos direitos fundamentais, que corresponde à institucionalização do Estado Social, sendo composta pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

2. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 trouxe profundas e amplas transformações para todo o ordenamento jurídico, com substanciais reflexos para a sociedade brasileira.

Com efeito, a positivação dos direitos e garantias fundamentais foi essencial para tais mudanças, pois alçou o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana à categoria de fundamento de toda a nova ordem constitucional.

Os direitos fundamentais de primeira geração, também denominados de direitos de defesa, conferiram aos indivíduos a liberdade e a igualdade formal, posto que, em decorrência de sua natureza eminentemente negativa, impuseram ao Estado abstenções, a fim de proteger

os cidadãos de ingerência externas em sua autonomia pessoal. Daí dizer que são direitos que exigem uma omissão estatal, *non facere*, para serem satisfeitos.

Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda geração, denominados de direitos sociais, exigem uma conduta positiva por parte do Estado, na medida em que reclamam prestações fáticas para sua implementação, tendo por escopo alcançar a igualdade material entre os indivíduos. Relacionam-se, portanto, à distribuição dos recursos existentes, de modo a permitir a criação de bens essenciais àqueles que deles necessitam e, desta forma, difundir o bem-estar social, conforme leciona SARLET, (2008).

Nesse passo, os direitos sociais assumem grande relevância econômica, uma vez que, para a efetivação do comando constitucional, mormente aqueles dispostos nos artigos 6º, 7º e 227, é imprescindível a atuação positiva do Estado para a concretização de políticas públicas, o que demanda, logicamente, vultosos investimentos financeiros.

Tais investimentos necessitam de alocação de recursos por parte do Estado e que esbarram diretamente no princípio da reserva do possível, que se constitui como o limite jurídico e fático dos direitos sociais, haja vista que devem enfrentar, segundo SARLET, (2008), três situações para serem implementados.

A primeira refere-se à disponibilidade material do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma à prestação social – que é geralmente o Estado, mas também pode ser o particular – realmente possui recursos para cumprir com a obrigação imposta pela Constituição Federal.

A segunda problemática é relativa à disponibilidade jurídica do seu objeto, o que significa indagar se o destinatário da norma tem capacidade jurídica para dispor dos recursos existentes e, assim, efetuar a prestação social, pois de nada adiantaria possuir os recursos materiais se não pudesse deles dispor.

Há, ainda, a questão da proporcionalidade da prestação, pois esta deve corresponder àquilo que o indivíduo razoavelmente pode exigir da sociedade. Assim, não se deve impor ao

Estado o cumprimento de uma determinada obrigação social àquele indivíduo que possua meios para tanto, haja vista que os recursos são escassos e inúmeros são os necessitados.

É por essa razão que, segundo a autorizada doutrina de CANOTILHO, (1982), afirma-se que a alocação material dos recursos para a implementação das prestações sociais é uma questão de competência constitucional, posto caber ao legislador definir, conforme as peculiaridades econômicas e sociais do momento e dentro dos limites orçamentários, quais setores serão contemplados com os investimentos financeiros a fim de cumprir o comando constitucional relativo aos direitos sociais.

3. DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS SUBJETIVOS ÀS PRESTAÇÕES MATERIAIS

Consoante o artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal, todos os direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que significa, em certa medida, que todos eles, sejam de primeira, segunda, ou terceira dimensão, geram alguma sorte de direitos ao seu titular.

A aplicação imediata dos direitos fundamentais refere-se, portanto, à sua eficácia, isto é, à quantidade de efeitos jurídicos que cada direito pode desencadear. Essa quantidade é determinada pelo maior ou menor grau de eficácia de um direito fundamental, o que dependerá, em última análise, de sua densidade normativa, relativa à forma de posituação desse direito no texto constitucional, consoante assinala SARLET, (2008).

Desta forma, verifica-se que o modo de disposição e de detalhamento que o legislador constitucional conferiu a cada direito fundamental é que refletirão sua maior ou menor densidade normativa. A importância dessa densidade refere-se, justamente, à aptidão

que cada direito fundamental terá para gerar direitos subjetivos ao seu titular, que poderá, assim, acionar o Judiciário para ter satisfeita sua pretensão.

Nesse diapasão, SARLET, (2008) destaca que os direitos de defesa – direitos fundamentais de primeira dimensão – possuem alta densidade normativa, posto que, em sendo violado o campo da autonomia pessoal, nasce para o indivíduo a possibilidade de se opor contra esta indevida ingerência, inclusive por meios judiciais. Por conta destas características, geralmente, os direitos de defesa têm aplicabilidade e eficácia imediatas, configurando verdadeiros direitos subjetivos.

A controvérsia reside nos direitos sociais – direitos fundamentais de segunda dimensão. Estes, além de dependerem da conjuntura socioeconômica que determinará a alocação de recursos para sua implementação, ainda reclamam a criação de normas para dar-lhes plena eficácia e aplicabilidade. Daí SARLET, (2008) dizer que os direitos sociais possuem baixa densidade normativa, pois a Constituição Federal de 1988 os previu como normas programáticas; normas que prevêm regras abertas, programas e metas que, para serem cumpridas, exigem concretização legislativa posterior. Contudo, apesar de sua baixa densidade normativa, sempre poderão produzir um mínimo de efeitos jurídicos, possuindo, nesta tocante, a aplicabilidade imediata de que trata o artigo 5º, parágrafo 1º da Carta Política.

Nesse passo, cabe asseverar que os direitos sociais foram enumerados no corpo da Constituição Federal de 1988, porque esta foi elaborada buscando refletir um espírito dirigente, cuja finalidade precípua é o Estado de Bem-Estar Social. Logo, os direitos sociais têm por escopo a realização da igualdade material, distribuindo os bens materiais àqueles mais necessitados. Tal igualdade deve ser alcançada por meio do estabelecimento de metas e tarefas que somente serão plenamente efetivadas, após específica produção legislativa e execução por parte da Administração Pública. Portanto, impende asseverar que os direitos sociais foram estabelecidos no texto constitucional tendo como destinatário direto os órgãos

estatais, mormente o legislador infra-constitucional, que determinará especificamente o meio pelo qual essas metas serão atingidas.

Os direitos sociais são concretizados por meio de políticas públicas dirigidas à redistribuição de riquezas e à criação de bens materiais aos necessitados, fato que importa em um alto dispêndio de recursos por parte do Estado, segundo BARCELLOS, (2002). A construção de escolas, hospitais, casas, planejamento urbano, saneamento básico e prestação de serviços, dentre tantos outros itens relevantes pertencentes ao núcleo essencial dos direitos fundamentais para que a população viva dignamente, acarreta em vultosa alocação de dinheiro público, daí se mencionar a alta relevância econômica desses direitos, que não existe nos chamados direitos de defesa.

Questão relevante, segundo preceitua SARLET, (2008), é saber se nos direitos sociais, normas programáticas que reclamam uma concretização legislativa, podem ser reconhecidos direitos subjetivos individuais de forma direta, isto é, com base na norma constitucional que dispõe acerca de um direito fundamental social, independentemente de qualquer produção legislativa, possibilitando aos seus titulares exigirem judicialmente do Estado a prestação material correspondente, tal como ocorre com os direitos de defesa. Nesse caso, o Judiciário, uma vez acionado, teria o papel precípua de garantidor da efetividade dos direitos sociais, substituindo o papel do Legislativo, que permaneceu inerte ou foi ineficiente em sua tarefa de concretização normativa.

Essa possibilidade esbarra em alguns limites que geram grande controvérsia, como a reserva do possível, os Princípios Orçamentários e o Princípio da Separação de Poderes.

Os direitos sociais, conforme já mencionado, possuem uma dimensão econômica de largo espectro, pois dependem, para sua plena efetivação, da alocação de vultosos recursos estatais. Por sua vez, a alocação de recursos depende, em última análise, da vontade do legislador que, de acordo com a conjuntura socioeconômica determinará a melhor forma de

disposição desses recursos. É por isso que se trata, para CANOTILHO, (1982) de verdadeira questão atinente à competência constitucional, pois, ao legislador compete, dentro dos limites orçamentários, escolher a melhor forma de aplicação dos recursos disponíveis para garantir a eficácia dos direitos prestacionais.

Para SARMENTO, (2008), como os recursos são escassos e inúmeras as demandas sociais, ao legislador cabe determinar a melhor forma de empregar os recursos disponíveis, de modo que todas as áreas sociais sejam satisfatoriamente atendidas por meio das políticas públicas posteriormente implementadas pelo Poder Executivo. Nesse ponto, conforme leciona SARLET, (2008), a reserva do possível funciona como um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais: fático, porque os recursos a serem empregados nas prestações exigidas à concretização dos direitos sociais são insuficientes; jurídico, porque o legislador – destinatário da norma programática constitucional – deve ter o poder de disposição desses recursos, ou seja, deve ter a capacidade jurídica para tanto.

Desta forma, a reserva do possível está intrinsecamente relacionada aos Princípios Orçamentários, que se referem às premissas que devem ser respeitadas na elaboração e execução das leis orçamentárias que, por sua vez, determinarão a alocação dos recursos estatais. Por meio desse princípio, busca-se um equilíbrio nas finanças do Estado, sendo curial sua observação para a saúde financeira do país.

O Princípio da Separação dos Poderes é outro aspecto relevante que funciona como limitador no reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, com fundamento direto na Constituição Federal, independentemente de qualquer elaboração legislativa. Cada um dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – exerce funções típicas e atípicas. Em suas funções típicas, em tese, não deve haver intromissão de um Poder sobre o outro, sob pena de desequilíbrio do próprio modelo constitucional adotado.

Portanto, a tentativa de reconhecimento de um direito fundamental de segunda dimensão como direito subjetivo, independentemente de concretização legislativa ou quando esta for insuficiente, incorre na possibilidade de transposição da barreira do Princípio da Separação de Poderes, de modo a permitir que seu titular acione o Judiciário para que este lhe confira a prestação devida pelo Estado, conferindo plena eficácia ao seu direito, SARLET, (2008).

Esta possibilidade, tradicionalmente rechaçada pela doutrina, vem ganhando crescente espaço na jurisprudência, diante das inúmeras demandas sociais, que reclamam participação mais ativa do Legislativo, na concretização das normas programáticas previstas constitucionalmente, e do Executivo, na implementação das políticas públicas necessárias ao Estado de Bem Estar-Social, finalidade última da Constituição Federal de 1988.

4. O ATIVISMO JUDICIAL

Desde 1988, com a promulgação da Carta Maior e o modelo constitucional por ela adotado, tem-se observado que inúmeras questões com temas de relevância social, política, moral e econômica, antes dirimidas pelo Legislativo e Executivo, estão, cada vez mais, sendo levadas ao Judiciário para serem por ele decididas. Esse fenômeno é denominado de judicialização e vem ocorrendo mundialmente, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, conforme assinala BARROSO, (2008).

A judicialização, portanto, é um movimento que eleva o Judiciário ao papel de protagonista nas decisões de maior relevância social e política dos países democráticos, conferindo maiores poderes a juízes e tribunais.

No Brasil, esse fenômeno foi iniciado com a promulgação da Constituição de 1988, que possibilitou uma crescente atuação do Supremo Tribunal Federal nas questões de grande

controvérsia política, moral e na implementação de políticas públicas, o que antes era adstrito apenas às decisões do Legislativo e do Executivo.

Nos últimos anos, leciona BARROSO, (2008) que tem-se observado que o Supremo Tribunal Federal tem assumido posição de destaque com relação às principais controvérsias instaladas no país. Questões atinentes à constitucionalidade das pesquisas com células-tronco, à vedação do nepotismo nos Três Poderes, às restrições ao uso indiscriminado de algemas, à demarcação nas terras indígenas Raposa Serra do Sol e à possibilidade de aborto em fetos anencefálicos, dentre tantas outras matérias, têm sido levadas ao Judiciário para que este dê sua palavra final, daí a configuração do fenômeno da judicialização.

As causas da judicialização remetem a inúmeros fatores, tais como a redemocratização do país, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, abarcou em seu texto matérias que antes estavam relegadas ao processo legislativo ordinário, o que acabou por transformar Política em Direito. Desta forma, ao elevar determinadas matérias ao *status* constitucional, permitiu-se que estas sejam convertidas em pretensões jurídicas de grande importância que, em última análise, podem servir de fundamento para possíveis ações judiciais. Ademais, o sistema de controle de constitucionalidade, concentrado e difuso, foi outra causa que intensificou a judicialização das questões de grande relevância da vida institucional brasileira, pois levou o Judiciário a decidir sobre matérias que espelham as principais controvérsias da sociedade.

Todas essas causas serviram como um instrumento de acesso ao Judiciário, para que este exerça seu papel primordial de solucionar conflitos, ratificando o princípio de sua inafastabilidade, previsto no artigo 5º, XXXVI da Carta Política. Portanto, para BARROSO, (2008), é de se concluir que a judicialização decorre do próprio modelo constitucional que aqui foi adotado a partir de 1988, que acabou por preparar o atual cenário, onde o Judiciário vem exercendo o papel principal, o que se convencionou denominar de ativismo judicial.

Enquanto a judicialização é um fato decorrente do modelo constitucional aqui adotado, que ampliou as possibilidades de acesso ao Judiciário, levando até ele temas de grande repercussão social, o ativismo judicial é a postura adotada por juízes e tribunais – intérpretes da Constituição Federal – de forma a expandir seus conceitos e retirar-lhe o máximo de benefícios para embasar as decisões judiciais proferidas, BARROSO, (2008).

O conceito amplo de ativismo judicial está relacionado a uma maior atuação proativa do Poder Judiciário na consecução dos preceitos estabelecidos na Carta Constitucional, fato que implica, como conseqüência, também em uma maior interferência no âmbito dos dois outros Poderes – Executivo e Legislativo, daí, muito se argumentar que ocorre, inclusive, um certo desequilíbrio no Princípio da Separação dos Poderes.

Suas origens remontam à jurisprudência norte-americana, no final do século XIX. Foi utilizado, inicialmente, como um instrumento de natureza conservadora, por meio do qual a Suprema Corte conferiu aos setores mais reacionários da sociedade a possibilidade de, legitimamente, realizar a segregação racial. Somente a partir da década de 50 que a Suprema Corte passou a atuar de forma mais progressista, produzindo julgados históricos relativos aos direitos fundamentais, que abarcaram os direitos dos negros, das mulheres e sobre interrupção da gestação.

O ativismo judicial é uma postura assumida pelo Judiciário que acaba por interferir nos demais Poderes quando estes não estão desempenhando suas funções satisfatoriamente. É por isso que ocorre em episódios nos quais há certa retração na atuação dos outros Poderes, mormente quando estes são ineficazes ou omissos no exercício de suas funções típicas. O que vai determinar maior ou menor atuação do Judiciário é o prestígio de cada Poder em determinado período. No Brasil, nos últimos anos, tem-se verificado uma ampla atuação do Judiciário, justamente devido ao menor prestígio do Legislativo, com inúmeros escândalos de corrupção e uma atuação ineficiente, que não consegue suprir as demandas sociais.

Contudo, impende asseverar que o ativismo judicial não deve ser tomado como regra. Há, em verdade, segundo BARROSO, (2008), um movimento pendular entre ele e a autocontenção judicial, que nada mais é do que a atuação limitada do Judiciário às questões que, expressamente, lhe foram atribuídas, sem qualquer expansão na interpretação de preceitos constitucionais ou ingerência nos outros Poderes. Em verdade, a expansão do Judiciário e a retração, principalmente do Legislativo, é devida à crise de representatividade e funcionalidade do Legislativo. Entretanto, o ativismo judicial não pode ser permanente, pois, sua existência, demonstra que algo não vai bem, no caso, o equilíbrio entre os Três Poderes e o desempenho de suas funções, que acarretam em inúmeros problemas sociais. Nas palavras de BARROSO, (2008), “precisamos de uma reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.”

O ativismo judicial apesar de ser, em certa medida, uma solução momentânea para determinadas questões, enfrenta sérias críticas, mormente no que tange à violação do Princípio da Separação dos Poderes e às dificuldades contramajoritárias, que geram riscos para a legitimidade democrática.

Com efeito, o ativismo judicial acarreta na transferência de poder a juízes e tribunais, que acabam por determinar imposições, abstenções de condutas ou invalidar atos do Legislativo e Executivo, quando estes não cumprem a contento suas funções típicas, configurando, em última análise, em espécie de controle judicial dos demais Poderes. Saliente-se, no entanto, que juízes, desembargadores e ministros, ao contrário dos membros do Executivo e Legislativo, não são escolhidos pelo processo eleitoral. Se o Brasil é um Estado Democrático de Direito, significa que o poder emana do povo, sendo este representado por políticos escolhidos pelo voto da maioria. Qual, então, seria o fundamento que tornaria legítimo o fato de uma decisão judicial se sobrepor a uma escolha política feita pelo

Executivo ou pelo Legislativo? Essa é a denominada dificuldade contramajoritária que o Judiciário deve enfrentar em sua atitude proativa de interpretação da Constituição Federal.

De fato, leciona BARROSO, (2008), que o ordenamento jurídico brasileiro se transformou, desde a Constituição Federal de 1988, em um Estado Democrático e de Direito. A democracia refere-se à soberania popular. Já o Estado de Direito tem relação com o modelo de constitucionalismo adotado, que significa a limitação do Poder, exercido pelo povo através dos seus representantes legais escolhidos pelo voto direto, universal, secreto e periódico, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

No Estado de Direito, o exercício do poder é limitado pelas regras estabelecidas no texto constitucional e, sendo o Supremo Tribunal Federal o intérprete final da Constituição, daí decorre a legitimidade de o Judiciário poder sobrepor suas decisões, em determinadas hipóteses, às escolhas feitas pelo Legislativo e Executivo. Se é a Constituição Federal que estabelece as normas para o exercício da própria democracia, a jurisdição constitucional passa a ser, em última análise, uma garantia para a democracia e não um risco pelas dificuldades contramajoritárias. Portanto, é de se considerar, que tais dificuldades são meramente aparentes.

Contudo, impende ressaltar que o Princípio da Separação dos Poderes, juntamente com o Princípio dos Freios e Contrapesos, possibilita que Executivo, Legislativo e Judiciário, além de exercerem suas funções típicas, também possam exercer o controle recíproco, de modo que nunca exista a hegemonia de um dos Poderes sobre os demais, o que ocasionaria riscos para a própria democracia.

No exercício de suas funções, cada Poder interpreta a Constituição, apesar de que, em havendo algum conflito, a decisão final será do Judiciário, posto ser este o papel inerente à sua própria função. No entanto, isso não pode significar, de modo algum, que o Judiciário irá decidir toda e qualquer matéria. Como já salientado, há questões atinentes exclusivamente ao

Legislativo e Executivo, como a implementação de políticas públicas, consoante BARCELLOS, (2010). Somente em casos excepcionais, de inércia ou atuação insuficiente do Congresso nacional ou da Administração Pública, que ocasione violação a direitos fundamentais, é que será possível a atuação proativa do Judiciário, BARROSO, (2008).

O ativismo judicial é um conceito amplo que pode ser dissecado em algumas condutas, tais como a implementação de políticas públicas, determinando imposições ou abstenções ao Executivo; a aplicação direta da Constituição Federal em determinadas situações, independentemente de concretização pelo legislador ordinário, como ocorre com as normas programáticas; e a declaração de inconstitucionalidade de leis com fundamento em critérios menos rígidos dos que os empregados usualmente.

4.1. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A implementação de políticas públicas pelo Judiciário é, por assim dizer, uma das vertentes do ativismo judicial. Como já mencionado, geralmente, são os Poderes Legislativo e Executivo que, primordialmente, optarão pela melhor forma de alocação dos recursos para a realização das condutas estatais previstas constitucionalmente, o que será feito de acordo com a lei de diretrizes orçamentárias e o que for considerado primordial para a população naquele determinado período, BARCELLOS, (2010).

Todavia, muitas vezes, o legislador é omissos em seu dever precípua de promulgar leis que efetivamente concretizem as normas programáticas contidas nos direitos fundamentais sociais, deixando a população – especialmente aqueles que são mais carentes – sem o devido amparo estatal, de onde se originam inúmeros problemas sociais, por violação aos direitos e garantias fundamentais.

Especificamente quanto à ineficiência das políticas sociais, em algumas áreas como educação e saúde, o ativismo judicial já se mostra presente, por meio de ações que chegaram ao Judiciário que acabaram por determinar à Administração Pública o atendimento em creches e distribuição de medicamentos. Veja-se, a título exemplificativo, o RE 592937 / SC, cuja relatoria pertenceu ao Min. Cezar Peluso, que garantiu às crianças de zero a seis anos de idade o direito à vaga em creche municipal, ante a omissão do Poder Público em oferecer-lhes condições suficientes e adequadas e por entender que a educação infantil faz parte do núcleo essencial do direito fundamental à educação.

4.2. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROTEÇÃO INTEGRAL DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

O artigo 227 da Carta Política é um direito social que cuida da proteção integral da criança e do adolescente, prevendo programas e metas a serem alcançadas pelo Poder Público.

Como já mencionado, compete ao Legislativo e ao Executivo determinarem a melhor forma de alocação dos recursos disponíveis para que se atinja de tais metas. No entanto, o que geralmente se observa é a omissão no cumprimento dessas diretrizes constitucionais, o que acarreta, em última instância, na violação de direitos fundamentais.

É certo que o dinheiro público a ser empregado nessas atividades é limitado e, ao mesmo tempo, são ilimitadas as demandas sociais, daí comumente ser alegada a “reserva do possível” para o uso desmedido dos recursos disponíveis. BARCELLOS, (2002). Isso porque, justamente em virtude de que há diversos direitos fundamentais sociais que necessitam de um *facere* estatal, deve haver proporcionalidade em sua aplicação.

É cediço que nem mesmo os direitos fundamentais têm caráter absoluto e, no caso concreto, em conflito com outros da mesma espécie, devem ser sopesados, segundo os

critérios de razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, em qualquer hipótese, sempre deverá prevalecer o denominado núcleo essencial de um determinado direito fundamental, que qualifica o mínimo existencial, necessário para a manutenção da dignidade humana, um dos pilares do modelo constitucional adotado no Brasil.

No julgamento da ADPF 45/DF, ocorrido em 2004, o Supremo Tribunal Federal deixa clara a posição de que, apesar de sua jurisdição ser constitucional – por ser ele o Guardião da Constituição Federal – esta possui uma dimensão política, que atribui ao Judiciário o encargo de poder concretizar os direitos sociais, quando a atuação do Legislativo e Executivo for inexistente ou insuficiente. Desta forma, a dimensão política da jurisdição constitucional permite a implementação de políticas públicas pelo Judiciário, em hipóteses excepcionais, sob pena de se violar a própria ordem constitucional.

Se assim não fosse, diante da inércia do Legislativo e Executivo em efetivar as normas programáticas de cunho social previstas na Constituição Federal, seu texto acabaria por perder credibilidade, tornando-se letra morta. É necessário, portanto, que exista um mecanismo apto a garantir que a confiança depositada pelo povo na consecução dos preceitos constitucionais não seja perdida; é necessário um mecanismo de emergência a ser utilizado para impedir que a Constituição Federal não se torne uma mera promessa irresponsável de promoção da dignidade humana.

Especialmente no tocante à proteção integral da criança e do adolescente, observa-se, cada vez mais, que as decisões jurisprudenciais estão voltadas para conferir-lhes amplo resguardo, em todas as áreas do Direito. O Supremo Tribunal Federal, no RE 482.611/SC, noticiado no Informativo nº 581 de 2010, corroborou, mais uma vez, esse entendimento.

Segundo o Pretório Excelso, em voto proclamado pelo Ministro Celso de Mello, a proteção à criança e ao adolescente é um preceito constitucional que possui um alto valor social, que não pode ser ignorado pelo Poder Público, caso contrário, estará configurada a

omissão inconstitucional. É evidente que, conforme o Princípio da Separação dos Poderes, os destinatários destas normas constitucionais protetivas são, primordialmente, o Legislativo e Executivo: enquanto o Congresso Nacional deve elaborar normas para a especificação dos programas previstos na Constituição Federal, a Administração Pública deve executá-las, de modo a implementar as políticas públicas previstas. Trata-se, portanto, de um dever constitucional dirigido ao Legislativo e Executivo.

No que tange às políticas públicas, cabe ao Executivo realizá-las segundo sua conveniência e oportunidade. Contudo, essa discricionariedade possui uma margem que não abarca, em nenhuma hipótese, a omissão estatal. Isso significa, que o administrador não pode, alegando motivos de conveniência e oportunidade, deixar de executar as políticas públicas para a conversão material dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Sua omissão ou ineficiência, portanto, é passível de responsabilização, que ficará a cargo do Judiciário.

Assim, excepcionalmente, poderão juízes e tribunais, ante a ineficiência da Administração Pública, determinar a implementação de políticas públicas voltadas à proteção de crianças e adolescentes, para a garantia do mínimo existencial. Em verdade, em se tratando de criança e adolescente, cuja proteção deve ser ampla, não bastaria apenas assegurar o mínimo existencial, mas todas as atividades públicas que respaldassem a vida digna e o bem estar social, conforme leciona COELHO, (1994).

A proteção ampla engloba todas as condutas de saúde, educação, cultura e lazer. O ativismo judicial, apesar de excepcional, quando referir-se à implementação de políticas públicas voltadas à proteção da criança e do adolescente, deve ser ainda mais extenso, justamente, porque os sujeitos da proteção estão dentre aqueles mais que são mais frágeis, merecendo, assim, amplíssima proteção.

O artigo 227 da Carta Política menciona que a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, direitos como vida, saúde, educação, alimentação, cultura, lazer, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, dentre outros. O mesmo diploma ainda assevera que devem ser colocados a criança e o adolescente a salvo de toda a forma de negligência, exploração, violência, discriminação, crueldade e opressão. Depreende-se da norma constitucional que há um largo espectro protetivo que o ordenamento jurídico buscou conferir a estas pessoas, sendo relevante mencionar que a norma determina a “absoluta prioridade” de tais metas, além de resguardá-los de “toda a forma” de condutas que violem seus direitos. COELHO, (1994).

Nesse passo, impende destacar que, interpretando-se o aludido artigo, observa-se que o constituinte desejou realçar o amparo à criança e ao adolescente com relação à proteção aos demais grupos que, de alguma forma, sejam hipossuficientes, como, por exemplo, índios, deficientes físicos ou idosos. A criança e adolescente mereceram especial proteção dentre aqueles grupos aos quais já são dirigidas proteções especiais, justamente porque ainda são pessoas em desenvolvimento. COELHO, (1994).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.69/90 – afinado com a vontade do constituinte, foi elaborado segundo os Princípios da Proteção Integral, sendo este um conjunto amplo de mecanismos jurídicos que visam tutelar a criança e o adolescente, e do Melhor Interesse do Menor, que configura a busca, no caso concreto que envolva a criança e o adolescente, pela solução que mais lhes traga benefícios.

Nesse contexto, é de se notar que a proteção à criança e ao adolescente é um direito fundamental de segunda dimensão, que assume papel expressivo e de relevante valor social, impondo ao Poder Público a realização de condutas que efetivamente concretizem os objetivos sócio-educativos que a Constituição Federal visou implementar. Tal importância é devida ao fato de ser a sociedade hodierna fruto da educação e de valores que, tempos atrás,

foram ensinados às crianças e adolescentes daquela época. Portanto, é o investimento em educação, em cultura, em condições materiais que oferecem uma vida digna e no respeito aos valores humanos que, inegavelmente influenciarão na construção de uma nação desenvolvida.

São por essas razões que a Constituição Federal, em seu artigo 227, ao traçar as prerrogativas protecionistas de crianças e adolescentes, expressamente afirmou que estas têm absoluta prioridade, posto que, em última análise, o que se prioriza é o próprio desenvolvimento do país. Desta forma, a ineficiência ou omissão estatal em não realizar as condutas públicas adequadas à integral proteção da criança e do adolescente, configura ato inconstitucional e ilegal, que autoriza o controle pelo Poder Judiciário a decidir, no caso concreto, qual a atividade pública que deverá ser implementada.

Não obstante, a reserva do possível não pode servir de pretexto para a omissão inconstitucional dos Poderes Legislativo e Executivo na consecução das diretrizes sociais previstas na Constituição Federal, sob pena de haver a desvalorização funcional da Constituição. BARCELLOS, (2010). A Carta Política é, antes de tudo, a Lei Maior e mais importante de uma nação. A constante ineficiência do Poder Público em executar satisfatoriamente seus preceitos, consubstancia na própria erosão da consciência constitucional, o que é de extrema gravidade. Não pode o povo, titular do poder, ficar desacreditado acerca dos valores que a Constituição previu como primordiais para a dignidade humana, sob pena de, nas palavras do Ministro Celso de Mello, no RE 482611, publicado em março de 2010, “converter-se em uma promessa constitucional incosequente”.

A reserva do possível, não deve servir de escudo para impedir a promoção da dignidade humana, finalidade precípua estabelecida na Constituição Federal de 1988, sob o argumento de que limita ou, até mesmo, impossibilita determinados gastos públicos, de acordo com as prioridades orçamentárias. Como já mencionado, a aplicação do dinheiro público é questão competencial, ou seja, é a Constituição Federal que estabelece as

prioridades dos gastos públicos, cabendo ao Legislativo pormenorizar e completar esses comandos constitucionais.

Consoante leciona BARCELLOS, (2002), a reserva do possível e os princípios orçamentários, ao contrário, podem conviver harmoniosamente, pois, se o texto constitucional estabeleceu como finalidade precípua a promoção da dignidade humana, tal finalidade deve ser alcançada por meio do respeito aos direitos individuais e da concessão de condições materiais mínimas de existência. Logo, a atividade estatal de captação de recursos tem por escopo sua aplicação, primeiramente, nas políticas públicas de prestação de serviços e realização de obras, de modo ao conferir à população a dignidade e o bem estar social insculpidos no texto constitucional. Com isso, estar-se-ão promovendo os objetivos constitucionais e, somente após alcançá-los é que, deverão ser investidos os recursos remanescentes em outras atividades.

Diante disso, principalmente com relação aos direitos da criança e do adolescente, a abstenção do Poder Público na implementação das políticas sociais se mostra ainda mais prejudicial do que a existente em outros segmentos da sociedade, haja vista que crianças e adolescentes, por serem mais frágeis, sem desenvolvimento físico e psicológico ainda completos, carecem de muito maior proteção. Essa é a razão pela qual a atuação do Judiciário no amparo às crianças e adolescentes por meio de determinação de políticas públicas se afigura absolutamente legítima e necessária. A ineficiência estatal não pode se perpetuar ao ponto de não resguardar os interesses de crianças e adolescentes, pois, afinal, há muito já se diz que elas são o futuro do país.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 previu em seu corpo os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões. Enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão, chamados de direitos de liberdade, possuem aplicabilidade e eficácia imediatas, tradicionalmente entende-se que os direitos de segunda dimensão, também denominados de direitos sociais, não possuem essas características devido à sua baixa densidade normativa, haja vista que prevêm apenas programas e metas que, posteriormente, serão pormenorizados pelo legislador ordinário, para, finalmente, serem concretizados por meio da realização de políticas públicas.

Contudo, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve maior participação do Poder Judiciário nas decisões de maior relevância política, econômica e social do país, fenômeno ao qual se determinou chamar de judicialização. Juntamente com esse movimento, o Judiciário, em virtude da retração dos demais Poderes – Legislativo e Executivo – passou a adotar uma nova forma proativa de interpretação da Constituição Federal, expandindo os preceitos nela estabelecidos. Nesse contexto, a omissão do Poder Público em realizar os direitos sociais previstos constitucionalmente por meio de políticas públicas autorizou o Judiciário, de modo inovador, a determinar a implementação dessas políticas, evitando, assim, a omissão inconstitucional e a subversão da ordem constitucional, argumento reforçado pela tese de que os direitos sociais também podem ser considerados direitos subjetivos à prestações materiais, independente de interposição de norma pelo legislador, sob pena de se conferir maior aplicabilidade à lei do que à própria Constituição.

No entanto, o ativismo judicial esbarra em alguns limites, como o Princípio da Separação dos Poderes, os Princípios Orçamentários, a reserva do possível e as dificuldades contramajoritárias.

Por sua vez, a proteção integral da criança e do adolescente, prevista no artigo 227 da Carta Política, é também um direito fundamental social, merecendo especial proteção em virtude de sua expressiva relevância. Desta forma, se para a efetivação dos direitos sociais, de forma geral, é possível haver a intervenção do Judiciário, com muito maior razão essa interferência deverá ocorrer quando envolver crianças e adolescentes, sendo essa atuação absolutamente legítima.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica Dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>> Acesso em: 27 mai. 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente*, LEI 8.69/1990. 3 ed. Salvador: JusPODIVM, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008 – Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Revista Eletrônica do Direito do Estado. (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº.18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em: 20 mar. 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 04.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE. n. 482611. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 07.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 592937. Relator: Min. Cezar Peluso. Publicado no DOU de 06.03.2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1982.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança*. Revista de Informação Legislativa, v.31, nº 123, jul./set. de 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176262>> Acesso em: 20 mar. 2010.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales – Teoria General*. Cursos Colección 3. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial Del estado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 09 jun. 2010.