

ENTRE A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA EM TORNO DA EFETIVAÇÃO PREFERENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Mariana Camila Silva Catão*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar uma ampla visão da dinâmica dos direitos da criança e do adolescente, sob o viés da doutrina da proteção integral. Em contraponto à referida doutrina, é abordada a cláusula da reserva do possível, o que nos remete a uma reflexão democrática e axiológica sobre o orçamento público, a efetivação de direitos fundamentais sociais e a proteção preferencial e global dos direitos da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Proteção Integral. Políticas públicas. Efetivação de Direitos Fundamentais. Reserva do Possível.

“O importante é saber por quem estamos fazendo a opção e aliança.

É o oprimido e não o opressor. Estamos do lado do menino, do explorado, do oprimido. Há uma identificação com os interesses das classes populares.”

(Paulo Freire)

1 INTRODUÇÃO

* Graduanda em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Inicialmente, faz-se mister entender que o direito da criança e do adolescente passou por um processo de intensas modificações e aperfeiçoamentos ao longo do tempo. Esses sujeitos passam a ser sujeitos de direitos, vistos em conformidade com sua situação peculiar de seres em desenvolvimento, que demandam atenção e cuidados especiais por parte do Estado, da família e da sociedade.

Todavia, esses direitos, entendidos como direitos fundamentais, podem vir a sofrer mitigações em virtude da aplicação da cláusula da reserva do possível, entendida pela doutrina como a possibilidade de o Estado prestar determinados direitos dentro dos limites tidos como razoáveis no que concerne a recursos e possibilidade fática.

Desta feita, como passo a demonstrar, tal questão merece uma reflexão aprofundada requerendo, sobretudo, o uso da ponderação quando da colisão das duas frentes abordadas. Assim, cada caso irá determinar os limites de aplicação dos preceitos ora em análise.

2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E CONTEXTO NACIONAL

Vinculada à perspectiva de expansão internacional dos Direitos Humanos, a proteção quanto a crianças e adolescentes, no contexto mundial, somente se fortaleceu no período posterior às duas grandes Guerras Mundiais, quando houve uma maior preocupação com as crianças órfãs de guerra. Surgiram, dessa forma, instituições como a “Save the children” (1919), responsável pela elaboração da “Declaração sobre os direitos das crianças”, dispositivo que, embora não dotado de dever-ser, mostrou-se bastante relevante na luta pelos direitos das crianças e adolescentes, pois representa seu marco inicial. Esse contexto de expansão proporcionou o movimento de codificação dos direitos das crianças e adolescentes, visando garantir direitos e evitar a sua violação em diversos níveis, destacando-se a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” de 1948, que trazia a equiparação entre filhos havidos dentro e fora do casamento; a “Declaração Universal dos Direitos da Criança” de 1959, que, sobretudo, trouxe a ideia de proteção integral de crianças e adolescentes; e a “Convenção Internacional dos Direitos das Crianças” de 1989, responsável por estabelecer o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para a promoção de um melhor entendimento da proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil, é necessário focarmos nas duas correntes jurídico-doutrinárias acerca da proteção da infância em nosso país desde o século XIX.

A doutrina da situação irregular passou a existir no âmbito jurídico com o advento de um Código de Menores em 1927, que entedia as crianças e adolescentes como elementos sociais sujeitos à intervenção estatal a partir da constatação de um estado de patologia social definido legalmente (SOUZA, 2002, p. 1). Com efeito, essa corrente doutrinária contribuía para que Estado se eximisse de suas obrigações para com a situação da infância e da juventude no país, só cessando sua omissão mediante a situação irregular, que determinava a legitimação da intervenção estatal, pelo que aduz o professor André Viana Custódio (2008, p. 25):

De outro modo, os poderes legislativo, executivo e judiciário mantinham-se regularmente omissos, manifestando-se apenas quando as crianças assumiam a condição de objeto de interesse “jurídico”, seja pela prática de infrações, seja pela própria condição de exclusão social que as colocava em evidência. Aí, era o momento de configurar a irregularidade, que nunca era das instituições, mas sempre recaía sobre a criança, pela própria previsão ordenada no sistema jurídico ou pela condição de fragilidade que a submetia a imposições adultas produzindo o paradoxo da reprodução da exclusão integral pela via da inclusão na condição de objeto de repressão.

A legislação em comento caracterizava-se pelo poder arbitrário do juiz de menores, o qual adotava a internação como medida coercitiva, bem como pela prática intervencionista totalmente desvinculada das causas geradoras das situações de abandono e delinquência. Visava-se, sobretudo, preservar o menor infrator e marginalizado da ameaça que ele representava para si próprio e para a sociedade. De forma ilustrativa, transcreve-se abaixo o artigo do Código de Menores de 1927 que apontava o público a ser atingido por suas disposições: “Art.1º. O menor, de um ou de outro sexo, abandonado, ou delinqüente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste código”¹.

Com a promulgação do Novo Código de Menores em 1979, que se pautava num direito de caráter assistencial e autoritário, o debate sobre a infância ganhou mais repercussão,

¹ BRASIL. Decreto Nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm>. Acesso em: 15 maio 2011.

resultando na focalização dos novos movimentos sociais que garantiram a incorporação dos preceitos inovadores sobre criança e adolescente no ordenamento jurídico brasileiro (SOUZA, 2002, p.4).

No ano de 1986, aconteceu o Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que estabelecia uma nova perspectiva pedagógica, pautada na idéia de que os próprios meninos e meninas devem ter voz e decisão sobre seus direitos (SOUZA, 2002, p.6). Seguiram-se assim diversos debates acerca da doutrina da proteção integral em contraposição à doutrina da situação irregular, já eram usadas nessa época expressões como crianças, adolescentes, sujeitos de direitos.

Como corolário dos intensos movimentos sociais em prol dos direitos da infância e da juventude, duas emendas populares “Criança e Constituinte” e “Criança Prioridade Nacional”, resultaram nos artigos 204 e 227 da Constituição Federal de 1988, doravante Constituição Federal. Tais artigos tratam, respectivamente, da participação popular na formulação de políticas públicas e da absoluta prioridade em favor das crianças na prestação de direitos fundamentais e de políticas públicas em geral.

Já em 1990, no II Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, houve uma aprovação simbólica do Estatuto da Criança e do Adolescente no Congresso Nacional, fato que se tornou público e repercutiu de forma positiva na mídia (SOUZA, 2002, p.7). Essa mobilização teve como resultado a posterior aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente pelo Congresso Nacional em 1990 e sua sanção pela Presidência da República.

Instaurava-se, desta feita, a doutrina da proteção integral, que representava uma ruptura dos paradigmas até então impostos pela doutrina da situação irregular, garantindo uma análise mais profunda do sistema de garantias de direitos das crianças e adolescentes.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina da proteção integral possui um viés eminentemente principiológico, proporcionando que os direitos das crianças e adolescentes sejam analisados sob uma perspectiva dinâmica, que se ajusta às mudanças trazidas pelos fatores sociais e históricos, assumindo, assim, um compromisso ético, jurídico e político com a proteção desses sujeitos de direitos.

O direito infanto-juvenil se embasa em princípios estruturantes e concretizadores, dentre os quais merecem destaque a *absoluta prioridade, a universalização e o melhor interesse*.

Como corolário do reconhecimento dos direitos fundamentais às crianças e adolescentes, surge o princípio da universalização, de acordo com o qual são suscetíveis de reivindicação todos os referidos direitos, sendo a sua efetivação dever do Estado (CUSTÓDIO, 2008, p. 32). O princípio ora em comento estabelece também que a efetivação desses direitos, por tratar-se de prestação positiva, exige a participação ativa de todos os setores sociais, quais sejam a família, a sociedade e o Estado, revelando dessa forma seu caráter garantista.

Com origens no instituto inglês *parens patriae*, que em resumo pode ser definido como a autoridade herdada pelo Estado para proteger aqueles indivíduos que não podiam fazê-lo por conta própria, em virtude de limitações jurídicas, o princípio do melhor interesse da criança norteia o Direito da Criança e do Adolescente. Esse princípio se justifica a partir do modelo de sociedade desigual produzida pelo sistema capitalista, concretizando-se na resolução de conflitos em que colidam interesses da criança e de outras pessoas, hipótese na qual devem se sobressair os interesses da criança (CUSTÓDIO, 2008, p. 33). Portanto, o princípio do melhor interesse serve como critério estruturante na prestação e efetivação de direitos fundamentais, orientando que todas as ações para atingir esse fim considerem quais as oportunidades e facilidades que melhor atendem ao interesse superior da criança.

O princípio da absoluta prioridade guarda relação intrínseca com o princípio do melhor interesse da criança, uma vez que, em seu artigo 4º, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990) atribui ao Estado, à sociedade e à família, a tarefa de assegurar às crianças, com prioridade absoluta, todos os direitos fundamentais inerentes à vida. Por conseguinte, o princípio ora analisado consiste basicamente na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, como também na preferência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, como também preferência na formulação e na execução das políticas públicas, garantindo ainda a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, conforme estabelecido no artigo 4º do ECA.

O Direito da Criança e do Adolescente consubstancia-se em princípios intimamente ligados à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos fundamentais. Entretanto, sua aplicação se torna diferenciada, uma vez que deve observar-se sempre a situação peculiar de seres em desenvolvimento em que as crianças e adolescente se encontram.

4 CONDIÇÃO PECULIAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O nosso ordenamento já provou obsoleto o modelo tutelar, pautado na ideia de que a criança é um modelo deficitário de pessoa, enxergando seus direitos apenas como aqueles que lhes faltam, entendendo crianças e adolescentes como adultos que eles “devem” ser, uma visão equivocada de desenvolvimento humano remetida sempre ao futuro.

A doutrina da proteção integral traz à tona a desvinculação do discurso das necessidades para compreender crianças e adolescentes a partir de seus próprios e atuais interesses. Garantido, desta feita, o reconhecimento da subjetividade jurídica da criança, que passa a ser tomada como referência primária na medida de seus interesses, ditados agora não pelos adultos (família, Estado ou sociedade), mas pela própria criança, que é, neste momento, sujeito de direito, conquanto assistida nas variadas formas da lei:

A criança e o adolescente deixam de ser objeto de tutela e passam a ser sujeitos de direito, isto é, protagonistas sociais capazes de construir as suas próprias histórias, enfim, de praticarem atividades e cumprirem obrigações, contudo, limitadas e condicionadas à peculiar circunstância de serem pessoas que se encontram ou na infância ou na juventude, enquanto fases do desenvolvimento humano. (RAMIDOFF, 2010, p. 44).

Ademais, as crianças e adolescentes são dotados de todos os direitos que concernem aos adultos, todavia eles possuem direitos especiais, isto porque, como bem afirma o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 6º, tais indivíduos encontram-se em condição peculiar de seres em desenvolvimento. Indispensável ressaltar que o referido entendimento desempenha uma função hermenêutica legitimadora do tratamento diferenciado a ser dispensado a esses sujeitos de direito:

Para a transformação da percepção dos direitos não basta, portanto, a afirmação de que se é sujeito de direitos. Precisa-se compreender de modo distinto como se reconhecer as competências jurídicas por meio da legitimação de participação social de crianças e adolescentes pela afirmação de suas competências sociais.²

² BRASIL. Presidência da República, 2010. Direitos humanos: percepções da opinião pública: análises de pesquisa nacional. Organização de Gustavo Venturi. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

Necessária se faz a constatação de que só assim, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em situação peculiar de seres em desenvolvimento, é que se fomenta uma perspectiva efetivamente transformadora da realidade jurídica infanto-juvenil.

5 PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA, DA SOCIEDADE E DO ESTADO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, exige a participação da família, da sociedade em geral e do poder público na prestação dos direitos fundamentais a crianças e adolescentes:

Enquanto o Código de Menores responsabilizava a família pelas condições em que se encontrava e, até mesmo destituía o poder familiar em função de sua situação de miserabilidade, o Estatuto localiza e define instâncias concretas. Ou seja, reconhece família, sociedade e Estado como os violadores dos direitos das crianças e adolescentes, sujeitando-os a penalizações quando do não cumprimento de suas responsabilidades (SOUZA, 2010, p. 12-13).

Importante ressaltar que também na Constituição Federal, artigo 227, existe a previsão dos mesmos entes como protetores dos direitos das crianças e adolescentes, o que evidencia a importância dessa atribuição de deveres.

A partir do paradigma da doutrina da proteção integral, diversos diplomas jurídicos, inclusive internacionais, passam a determinar a convivência familiar como um direito fundamental (OLIVEIRA, 2008, p. 6.625), o entendimento é de que o convívio familiar consubstancia-se como suporte físico e emocional essencial para o desenvolvimento saudável de qualquer indivíduo. A família³ assume, a partir de então, um papel ativo na regulamentação de parâmetros protetivos e na efetivação de direitos em favor de crianças e adolescentes.

O Estado, por outro lado, através de seus agentes públicos, é também corresponsável pela efetivação do direito infanto-juvenil em todas as suas vertentes. A partir de instituições como a Defensoria Pública, o Ministério Público, o Conselho Tutelar, os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Fundo de Atendimento da Infância e da Adolescência, entre outros diversos entes, especializados ou não, o Estado promove a defesa

³ É importante ressaltar o processo de ruptura dos fatores biológicos para a determinação da família, deslocando seu núcleo fundamental de pertença para o afeto ou socioafetividade, com o reconhecimento de outras configurações familiares como a família homoafetiva, a anaparental e pluriparental, por exemplo.

dos direitos das crianças e adolescentes com fulcro na doutrina da proteção integral e em todos os preceitos que desta emanam.

O exercício da cidadania, como é sabido, revela-se pela participação social na luta pela efetivação de direitos e cumprimento de deveres. Desta feita, o Estatuto da Criança e do Adolescente define que a sociedade é também encarregada de fiscalizar e efetivar os direitos das crianças e adolescentes, instituindo movimentos sociais e organizações capazes de promover esse dever social normativamente estabelecido.

Verifica-se, portanto, que o processo democrático de construção de direitos com enfoque em crianças e adolescentes é tanto eficaz quanto necessário e, por esse motivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente convoca todos ao esforço de romper com os vícios da doutrina da situação irregular:

Esta sistemática de co-responsabilização democrática, implicando na descentralização político-administrativa e participação popular (art.204), está direcionada pelo referencial máximo de prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, dando função social aos indivíduos (adultos) e instituições que precisam engajar-se numa cultura política na qual passa a ser dever de todos (família, sociedade e Estado) a participação nas mudanças e proteções da realidade infanto-juvenil nacional, com vista a lhes proporcionar sempre as melhores condições de desenvolvimento e respeito a dignidade humana (OLIVEIRA, 2008, p. 6.627).

Com efeito, a omissão ou violação dos direitos ou desenvolvimento das crianças e adolescentes importa na responsabilidade de todos esses agentes públicos ou privados, quais sejam, a família, o Estado e a sociedade, o que torna passível a aplicação de medidas protetivas.

6 ASPECTOS MÚLTIPLOS DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Como outrora mencionado, a doutrina da proteção integral enxerga crianças e adolescentes sob uma perspectiva diferenciada, entendendo-os como sujeitos de direitos em condição peculiar de seres em desenvolvimento. Faz-se necessário, por óbvio, que esses sujeitos vejam contemplados seus direitos de forma global, daí se depreende o caráter dúplice da integralidade da doutrina em apreço:

A doutrina da proteção integral é integral num duplo sentido: reconhecimento de direitos fundamentais em todas as dimensões dos direitos humanos para as crianças e adolescentes em um grau diferenciado de exigibilidade, ante seu status principiológico de prioridade absoluta e, além disso, compreensão holística dos aspectos humanos que precisam ser contemplados pela lógica da pessoa em desenvolvimento (OLIVEIRA, 2008, p. 6.627).

Por conseguinte, o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, doravante ECA, elenca dimensões do desenvolvimento humano, a saber, desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social. Tais dimensões são enumeradas em consonância com a definição de saúde estabelecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que consiste em um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não correspondendo apenas à ausência de doença ou de enfermidade (OLIVEIRA, 2008, p. 6.628). É importante salientar que o ECA não se aprofunda na conceituação dessas dimensões, lacuna que resta suprida pelos apontamentos doutrinários e pelas reflexões hermenêuticas.

7 ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais constituem-se como prestações positivas por parte do Estado e direcionadas ao indivíduo. Por tal motivo, estão vinculados à destinação, distribuição e criação de bens materiais, o que revela sua dimensão econômica. Desta feita, a efetivação dos referidos direitos enseja o gasto de recursos públicos, fato que os coloca numa posição de dependência em relação às circunstâncias econômicas do Estado. Com base nesse contexto é que se dá a construção teórica da reserva do possível, com origens na Alemanha, especialmente no início dos anos 1970:

A “reserva do possível” (“Vorbehalt des Möglichen”) é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã da limitação de acesso ao ensino universitário de um estudante (“*numerus-clausus Entscheidung*”). Nesse caso, a Corte Constitucional alemã (Bundesverfassungsgericht) entendeu existirem limitações fáticas para o atendimento de todas as demandas de acesso a um direito (CALIENDO, 2010, p.176).

Neste sentido, entende-se, pela teoria da reserva do possível, que o Estado tem o dever de efetivação dos direitos fundamentais, com prestações positivas no caso dos direitos sociais. Por outro lado, o Estado não é obrigado à prestação daquilo que está fora dos limites da razoabilidade.

A problemática da reserva do possível envolve diversos fatores como a disponibilidade fática e jurídica dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a proporcionalidade da prestação desses direitos, observando-se a exigibilidade e a razoabilidade de tais prestações (CALIENDO, 2010, p.180). Exige-se, portanto, um planejamento constitucional adequado e sistematizado de forma a garantir a máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, decorrentes de prestações positivas do Estado. É cediço o entendimento de que o Estado não dispõe de capacidade de prestar integralmente os direitos fundamentais sociais, uma vez que a limitação de recursos consubstancia-se como um limite fático à efetivação desses direitos. Sob esse aspecto é que se funda a reserva do possível que, compreendida em amplo sentido, vai além de uma ausência de recursos materiais propriamente ditos.

Faz-se necessário, no entanto, compreender a fundo a atual problemática posta pela necessidade de destinação de recursos para a efetivação dos direitos, apontada por muitos como “custo dos direitos”, ideia intrinsecamente ligada à reserva do possível. A crise em que se encontra a efetividade de direitos apontados pela Constituição Federal como fundamentais está conectada à carência de recursos disponíveis para o atendimento de políticas públicas. Conquanto, quanto mais reduzida disponibilidade de recursos, mais necessária se faz uma distribuição minuciosa e responsável por parte do poder público, o que nos leva a concluir quanto necessária se faz a participação democrática na gestão do orçamento público.

É válido ressaltar que no exercício da administração pública, sobretudo quando da busca pela efetivação de direitos, deve ser observado, essencialmente, o princípio da proporcionalidade, no que concerne tanto à proibição da insuficiência quanto do excesso, desta feita temos a seguinte explicação:

Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais de adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da adequação custo-benefício – para

alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 33).

Por fim, é necessário identificar a questão do eventual impacto da reserva do possível, que deve sofrer abrandamento mediante controle (democrático, político e até mesmo jurisdicional) da destinação de recursos disponibilizados para a efetivação de políticas públicas. Tendo em vista o viés econômico dos direitos fundamentais sociais, é fácil inferir que as decisões acerca da efetivação de políticas públicas versam, essencialmente, sobre alocação de recursos. Sendo assim, tais decisões versando sobre a deliberação de quais direitos serão efetivados preferencialmente devem ser feitas do modo mais aberto e transparente possível. Ora, se é a população destinatária dos direitos reconhecidos pela Constituição Federal, resta óbvio o poder-dever de fiscalização por parte dos cidadãos, tendo como auxiliares outros agentes públicos, como o poder judiciário, por exemplo.

8 ESCASSEZ DE RECURSOS, DIREITOS E RESERVA DO POSSÍVEL SEGUNDO O ENTENDIMENTO DO STF

Diante do já explanado, é fácil inferir, em linhas gerais, que as políticas públicas demandadas para a efetivação dos direitos fundamentais, representam, de várias vezes, gasto de recursos públicos. Como é sabido, a escassez de recursos exige do Estado escolhas, o que pressupõe preferência. Dessa forma, revela-se como ponto central do debate a impossibilidade de a Administração suprir todos os direitos previstos na Constituição Federal sem prejudicar a tutela de outro direito, ora entendido como mais relevante pelo Poder Público. Todavia, é de suma importância elucidar que a prestação dos direitos não é discricionário ao Poder Público, há discricionariedade somente quanto aos meios utilizados para atingir tal prestação (WANG, 2008, p. 541).

O Supremo Tribunal Federal, doravante STF, por óbvio, não ficou inerte ante tão acentuado debate. Portanto, diversas são as discussões levadas ao Pretório Excelso em razão da contraposição entre reserva do possível e direitos fundamentais. Sendo assim, destacamos infra os direitos mais recorrentes de discussão pela Corte ora em comento.

8.1 Do direito à saúde

No que concerne ao direito à saúde, a maioria das discussões levadas ao STF versa sobre pedido de medicamentos e tratamentos médicos, os quais não são oferecidos pelo Poder Público, ou o são em escalas que não atendem as demandas da população.

Anteriormente à Suspensão de Tutela Antecipada nº 91⁴, julgada pelo STF em fevereiro de 2007, todas as decisões eram julgadas favoráveis à concessão de medicamentos e tratamentos médicos, como exemplos os julgados Recurso Extraordinário nº 273.834/RS⁵, Recurso Extraordinário nº 198.265/RS⁶ e o Recurso Extraordinário nº 232.335/RS⁷. Entretanto, a não obrigatoriedade do Estado em fornecer o medicamento resultou do julgamento do Recurso Extraordinário supramencionado no qual a Ministra Ellen Gracie, na condição de relatora, fundou-se na limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas.

Essa decisão promoveu a perspectiva de que o direito à saúde é um direito a ser concretizado por políticas públicas para um acesso coletivo igual e universal e não um direito a ser prestado em situações individualizadas.

Todavia, julgados mais recentes, nos quais a ministra Ellen Gracie obriga judicialmente o Estado a fornecer medicamentos, mostram como o pedido de medicamentos e tratamentos médicos precisam ser analisados caso a caso e não de forma totalmente genérica e abstrata, estabelecendo sempre uma ponderação de direitos, na qual há uma tendência de o direito à vida sobrepujar os demais.

8.2 Do direito à educação

Inicialmente, é importante identificar como a matéria mais discutida pelo STF quando se trata de direito à educação a obrigação dos municípios de disponibilizar atendimento a crianças em creches e pré-escolas. Além disso, as ações nessa perspectiva são

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL. Min. Ellen Gracie. j. 26/02/2007. DJ 05/03/2007.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 273.834/RS. Min. Celso de Mello. j. 23/08/2000. DJ 18/09/2000.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 198.265/RS. Min. Celso de Mello. j. 19/09/2001. DJ 21/11/2001.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 232.335/RS. Min. Celso de Mello. j. 01/08/2000. DJ 25/08/2000.

em sua maioria propostas pelo Ministério Público no exercício de sua função protetora dos direitos das crianças e adolescentes.

Relativamente ao direito em tela, o STF vem entendendo em algumas decisões, como, por exemplo, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715/SP⁸ e do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 436.996/SP⁹ (ambas decisões com referência à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45¹⁰), que a cláusula da reserva do possível não pode ser usada como excusa do Estado para não promover as políticas públicas relativas à educação, cuja obrigatoriedade é prevista na Constituição Federal. No mesmo sentido, o STF aduz que mesmo que não seja papel do Poder Judiciário deliberar acerca da implementação de políticas públicas, cabe a esse poder, em situações excepcionais, obrigar que políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais desde que sua omissão represente risco a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional e dotados de essencial fundamentalidade.

Entende ainda o STF que o processo de concretização do direito à educação infantil não se subordina à discricionariedade do Poder Público, vez que a educação constitui direito fundamental de cunho social e indispensável a todos, não podendo por tais motivos ser mitigado via reserva do possível.

9 RESERVA DO POSSÍVEL E PROTEÇÃO INTEGRAL

É diante da necessidade de alocação de recursos públicos para a efetivação de direitos fundamentais direcionados a crianças e adolescentes que a doutrina da proteção integral, que se funda em uma vertente axiológica voltada a uma proteção global e prioritária da criança e do adolescente, defronta-se com a cláusula da reserva do possível, pautada na dúplici faceta exigibilidade/disponibilidade de o Estado efetivar determinadas prestações. Temos então um embate entre o orçamento público e a proteção de crianças e adolescentes, preceituada como integral.

Em primeiro caso, devemos observar a reserva do possível sob o viés da absoluta prioridade. Como supramencionado, o princípio da absoluta prioridade fundamenta-se na

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 410.715/SP. Min. Celso de Mello. j. 22/11/2005. DJ 03/02/2006.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n° 436.996/SP. Min. Celso de Mello. j. 26/10/2005. DJ 07/11/2005.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45 MC/DF. Min. Celso de Mello. j. 29/04/2004. DJ 04/05/2004.

idéia de que os direitos da criança e do adolescente devem ser supridos com total prioridade em relação a quaisquer outros. Tal preceito também alcança o orçamento público, ou seja, os recursos públicos devem ser alocados observando a prioridade infanto-juvenil. Assim, se há escassez de recursos para a efetivação de políticas públicas, deve haver um planejamento transparente e responsável que priorize o atendimento dos interesses da criança e do adolescente. Desta feita, resta inequívoca a impossibilidade da aplicação da cláusula da reserva do possível quando tratamos de direitos infanto-juvenis, vez que tais direitos devem ter sua efetivação garantida e priorizada desde o planejamento orçamentário. Cabendo, outrossim, a fiscalização do planejamento orçamentário e da aplicação de recursos públicos àqueles cujo dever de proteção à criança e ao adolescente está outorgado tanto na Constituição Federal quanto no ECA.

Ademais, analisando a questão da escassez de recursos sob o enfoque de princípios como o Melhor Interesse e a Universalização, podemos concluir que é dever do Estado a prestação dos direitos relativos à infância e à juventude, obrigação que não se desfaz diante da escassez de recursos públicos. A efetivação desses direitos deve ser prestada de maneira universal e observando a situação peculiar de ser em desenvolvimento em que a criança e o adolescente se encontram. Além disso, a criança e o adolescente merecem especial atenção do Estado, tendo em vista a impossibilidade de defenderem seus direitos por si só. Assim sendo, é fácil afirmar que a cláusula de reserva do possível, ressalvado um justo motivo, não pode ser invocada pelo Estado para exonerar-se do cumprimento de sua obrigação constitucional, violando, dessa maneira, um direito fundamental.

Ora, sabemos que hodiernamente a hermenêutica do Direito está cada vez mais voltada à assunção de princípios¹¹ como norteadores de toda e qualquer interpretação jurídica, tal espécie de norma já possui reconhecidamente um caráter de dever-ser, embora dotada de alto grau de abstração. Assim, entendemos que a cláusula da reserva do possível não é capaz de sobrepujar normas imperativas, como aquelas adotadas pela doutrina da proteção integral, sejam essas normas regras ou princípios. Portanto, há que se analisar cada caso *in concreto* partindo-se para uma ponderação até o alcance daquilo que é mais relevante, observadas a absoluta prioridade da criança e do adolescente, seu melhor interesse e todos os preceitos estabelecidos pela doutrina da proteção integral.

¹¹ Entende-se hoje que regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica, diferenciam-se, entretanto, no grau de abstração que apresentam. As regras possuem um caráter mais concreto e seguem a regra do “tudo ou nada”, enquanto que os princípios são dotados de alto grau de abstração e obedecem a regra da ponderação diante de uma eventual colisão. (DWORKIN, 2007, p.46).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como direitos fundamentais que são, pautados na dignidade da pessoa humana, os direitos da criança e do adolescente não podem ser submetidos a uma análise matemática do poder público. Deve-se, portanto, levar em consideração todos os princípios adotados como norteadores da doutrina da proteção integral quando elaborado o orçamento público ou quando adotadas políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais.

Dessa forma, não há que se falar em submissão à reserva do possível quando o objeto da prestação é disponível e consiste primordialmente em dever do Estado. Entretanto, o que se observa, atualmente, é o uso falacioso dessa cláusula para o Estado eximir-se de determinadas obrigações, que colocam em xeque outros interesses do poder público.

Ora, é dever do Estado, da família e da sociedade defender os direitos da criança e do adolescente, portanto, resta por óbvio que a mobilização social deve ter um papel de maior destaque na luta pela efetivação de direitos e pela exigência de uma destinação de recursos que priorize crianças e adolescentes, evitando o uso falacioso da cláusula da reserva do possível.

REFERÊNCIAS

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-186.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. **Revista do Direito Unisc**, v. 29, 2008, p. 22-43, jan./jun. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/issue/view/39>>. Acesso em: 13 maio 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Assis da Costa. **Implicações da doutrina da proteção integral na consideração das crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento**. 2008.

Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_887.pdf>.

Acesso em: 15 maio 2011.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-50.

SOUZA, Etelma Tavares de. **Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral**. 2002. Disponível em: <http://defensoria.org.br/langs/arquivos_multimedia/102.pdf>.

Acesso em: 18 jun. 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. 2006. Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2011.

BETWEEN THE DOCTRINE OF FULL PROTECTION AND THE POSSIBLE RESERVE: ANALYSIS OF THE PROBLEM AROUND THE PREFERENTIAL EFFECTIVATION OF CHILDREN AND TEENS FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This paper aims to present a broad overview of the dynamics of the rights of children and adolescents, under the bias of the Doctrine of Full Protection. In contrast to that doctrine, we discuss the possible reserve clause, which leads us to a democratic and axiological reflection on the public budget, the realization of fundamental social

rights and protection of global and preferential rights of children and adolescents.

Keywords: Full Protection. Public policies. Enforcement of Fundamental Rights. Possible Reserve.