

Questão Discursiva 00929

Discorra correlacionando o princípio da prioridade absoluta em favor da infância e juventude com a teoria da reserva do possível.

Resposta #003908

Por: Bruno Ville 14 de Março de 2018 às 22:02

O princípio da prioridade absoluta tem raiz no art. 227, *caput*, da CF, repetido no art. 4º, *caput*, do ECA. Dele se depreende que os direitos da criança e do adolescente devem ser assegurados pelo Estado, família e sociedade em geral com absoluta prioridade, ou seja, com precedência sobre todos os demais, o que reflete diretamente na questão da destinação do orçamento público.

A teoria da reserva do possível, de origem alemã (*caso numerus clausus*) significa que o Estado não pode ser obrigado a implementar direitos, ainda que garantidos pelo texto constitucional, quando não haja disponibilidade orçamentária. A teoria tem especial relevo na questão da judicialização de políticas públicas efetivadoras de direitos sociais, em razão da necessidade de gastos para sua implementação. Pode ser dividida entre reserva fática (ausência atual de recursos) e reserva jurídica (ausência de previsão orçamentária para o gasto).

Para o STF, notadamente após seu reconhecimento em 2004, a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, que é o conjunto de condições materiais mínimas assecuratórias do núcleo essencial da dignidade humana.

Assim, tendo em vista a absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes, a reserva do possível nunca poderá ser oposta quando se tratar de direitos fundamentais que compõem o núcleo essencial (ex.: educação, que especificamente tem vinculação de receita de impostos para seu custeio, além do salário-educação). Por outro lado, em sendo direito que não integre o mínimo essencial, o poder público poderá opor validamente a cláusula, tendo ônus de comprovar que não há recursos para efetivar o direito, e que os recursos que existiam foram utilizados no atendimento de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, cuja prioridade é absoluta.

Um exemplo recorrente é o direito de atendimento em creche municipal para crianças de zero a três anos, sobre o qual o STF já se manifestou que é inoponível a reserva do possível.

Resposta #004818

Por: andregraju 17 de Novembro de 2018 às 13:38

O princípio da prioridade absoluta está previsto no art. 227 da Constituição, e no art. 4º e 100, parágrafo único, II, da lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ele estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Essa prioridade compreende, inclusive, a destinação privilegiada de recursos públicos, conforme o art. 4º, parágrafo único, d, do Estado da Criança e do Adolescente.

Ela deve ser assegurada por todos, incluídos a família, comunidade, sociedade em geral e o Poder Público. Infelizmente, é comum o Poder Público desrespeitar essa imposição constitucional ao passo que se implementa outras sem essa primazia, provocando o que se chama "corrupção de prioridades".

Por sua vez, a cláusula da reserva do possível, de origem alemã, compreende uma **limitação fática e jurídica** em razão das **estrições orçamentárias** que, em tese, impede a Fazenda Pública de implementar prestações materiais demandadas, em virtude da **desarrazoada prestação exigida** por um indivíduo. Ela apresenta 3 dimensões: a) disponibilidade fática, b) disponibilidade jurídica e c) razoabilidade.

A disponibilidade fática deve ser aferida em face de todas as demandas semelhantes e não de uma única pretensão, ao passo que a disponibilidade jurídica se refere ao momento de alocação de recursos, mediante orçamento. Por sua vez, a razoabilidade é a adequação individual às reservas orçamentárias.

Compreender esses conceitos são importantes porque envolve a judicialização de políticas públicas, especificamente quanto a possibilidade de o judiciário efetivar os direitos previstos na Constituição e a violação ao princípio da separação de poderes.

No tocante aos direitos das crianças e adolescentes, vários estão previstos expressamente na Constituição, como a vida, saúde, educação, moradia, alimentação, lazer, segurança, dentre outros tidos como mínimos existenciais, que é o complexo de direitos indispensáveis à manutenção de uma vida digna, erigidos ao "status" de direitos fundamentais.

Ocorre que a implementação de uma política pública ou um direito previsto expressamente na Constituição está fora da discricionariedade administrativa. Por isso, a jurisprudência, em regra, tem afastado a alegação genérica da reserva do possível, por não poder ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas.

Assim, considerando que os direitos fundamentais estão intimamente ligados à dignidade humana, não podem ser limitados em razão da escassez, quando essa é fruto das escolhas do administrador, motivo pelo qual se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

Esse, não é o mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver, pois o mínimo existencial é tudo aquilo que, para além da mera sobrevivência, asseguram um mínimo de inserção na vida social.

Resposta #005071

Por: Ailton Weller 15 de Março de 2019 às 01:58

O princípio da prioridade absoluta previsto no artigo 227 da Constituição Federal impõe ao Poder Público assegurar com primazia os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. De outro lado, o artigo 4º, § único, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), preconiza que a garantia de prioridade compreende a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, a precedência de atendimento em órgãos públicos, a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos nas áreas relacionadas com proteção à infância e juventude. Ainda, o artigo 3º da Lei nº 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância) menciona que o princípio da prioridade absoluta implica no dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, com vistas a garantir seu desenvolvimento integral.

Assim, o Poder público tem, por força de mandamento constitucional, dever de efetivar as promessas mencionadas pela CF, a qual foram irradiadas por todo ordenamento jurídico e, também, por força da previsão do artigo 5º, § 1º, da CF, sua aplicação é direta e imediata, prescindindo, logo, de outra medida legislativa para conferir eficácia, mas necessitando de concretude dos ditames mencionados por parte de quem venha a executar a coisa pública, bem como pelos operadores de direito, ao se depararem com situações em que não sejam respeitados ou assegurados os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, como a reserva de vagas em creches, a garantia do ensino, vagas em unidades de medida socioeducativas, entre outros.

De outra senda, o Poder Público, por vezes omissivo em materializar o princípio da prioridade absoluta, vem alegando que não há possibilidade por insuficiência de recursos orçamentários, com a chamada tese da reserva do possível ou reserva do financeiramente possível. Deste modo, os governantes deixam de destinar recursos para as áreas voltadas ao atendimentos destas políticas públicas por faltar recursos necessários ou pela justificativa de que não podem deixar outras áreas não tão menos essenciais desamparadas e, ainda, mencionam que fere o princípio da separação entre os poderes a ingerência do Poder Judiciário na gestão das políticas públicas.

No que concerne a doutrina e jurisprudência majoritária, estes entendem que a teoria da reserva do possível não deve prosperar se ao menos não se garantir o mínimo existencial, consubstanciado nos direitos que asseguram e conferem o mínimo de dignidade ao ser humano, como por exemplo os direitos à saúde, alimentação e educação, entre outros. Entendem também que não há procedência da tese se forem apresentadas apenas alegações genéricas acerca da falta de recursos financeiros, pois deve haver sua comprovação efetiva e análise minuciosa sobre a quais áreas foram destinados os recursos existentes, com vistas ao controle de eventual desobediência da transferência constitucional de recursos. Afirmam inclusive não haver afronta ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o comando previsto no artigo 227 da CF tem caráter vinculante a toda a Administração Pública, daí dizer que não há discricionariedade por parte do gestor público, mas sim dever de destinar as verbas orçamentárias para os destinos escolhidos pelo constituinte, sendo, também, por força deste comando, dever do Poder Judiciário de buscar efetivar as normas constitucionais, notadamente as que prometem direitos fundamentais.

Cabe ainda salientar que a doutrina subdivide a reserva do possível em fática e jurídica, neste sentido a primeira consiste na falta de verbas e a segunda na ausência de previsão orçamentária. Consequentemente, ao se considerar a reserva do possível fática não caberia nunca ao Estado se esquivar de suas obrigações sob alegação de ausência de recursos, tendo em vista que é a sociedade que contribui com tributos e, deste modo, o Estado pode arrecadar mais e concretizar as normas de direitos e garantias fundamentais, ao invés de se desincumbir por não haver verbas suficientes.

Para finalizar, a prioridade absoluta na destinação de recursos e atendimento de políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes não pode encontrar obstáculos como a tese da reserva do possível, neste caso, deve o gestor público dar prioridade ao atendimento dos infantes, pois não há discricionariedade em sua atuação ao concretizar as garantias da Constituição de 1988.