



**4º Encontro Internacional de Política Social**  
**11º Encontro Nacional de Política Social**  
Tema: “Mobilidade do capital e barreiras às migrações: desafios à Política Social”  
Vitória (ES, Brasil), 06 a 09 de junho de 2016

---

**Eixo: Direitos humanos, segurança pública e sistema jurídico.**

**OS DESAFIOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA GARANTIA DE DIREITOS: UM ESTUDO NA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE**

**Carmen Sílvia Righetti Nóbile<sup>1</sup>**  
**Neide Aparecida de Souza Lehfeld<sup>2</sup>**

**Resumo**

Este trabalho constitui-se em umas das discussões do estudo que vem sendo realizado no interior do Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca (SP), nível de doutorado. Nossa pesquisa visa identificar as decisões do Poder Judiciário para a garantia de direitos na área da Infância e Juventude, em face da falta de implantação e/ou implementação de Políticas Públicas. Partimos do pressuposto de que os direitos fundamentais são considerados o núcleo essencial das constituições e do Estado Democrático de Direito. Trava-se o embate entre a efetividade das normas constitucionais e às limitações de uma ação concreta do Estado na execução das Políticas Públicas que garantam os direitos conquistados. Isso gera uma tensão latente que acaba represada nas instâncias do interior do Estado que se propõem administrar esses conflitos: predominantemente o Poder Judiciário, que tem esta sua função primordial.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Políticas públicas. Direitos fundamentais. Estado Democrático de Direito.

**Abstract**

This paper is in one of the discussions of the study being carried out within the Graduate Program Universidade Estadual Paulista "Julio de Mesquita Filho", Franca, Brazil, PhD level. Our research aims to identify the decisions of the judiciary to guarantee rights in the area of Childhood and Youth, due to the lack of implementation and / or implementation of public policies. I assumed that fundamental rights are considered the essential core of the constitution and the democratic rule of law. Lock up the clash between the effectiveness of constitutional norms and limitations of a concrete state action in the implementation of public policies that guarantee the rights conquered. This creates a latent tension that ends in dammed bodies of the State that they propose to manage these conflicts: predominantly the Judiciary, which has this its primary function.

**Keywords:** Judiciary. Public policy. Fundamental rights. Democratic state.

---

<sup>1</sup> Assistente Social do Tribunal de Justiça de São Paulo, doutoranda em Serviço Social pela UNESP, Franca (SP); Mestre em Serviço social e Política Social pela Universidade Estadual de Londrina-PR (UEL-PR). Graduada em Serviço Social pela UEL-PR. E-mail: <csrighetti@yahoo.com.br> / <crighetti@tjsp.jus.br>.

<sup>2</sup> Professora da UNESP/Franca (SP). Doutora em Serviço Social. Professora Titular do Programa de Pós-graduação em Serviço Social da Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), Campus de Franca. E-mail: <[nlehfeld@unaerp.br](mailto:nlehfeld@unaerp.br)>.

## **Introdução**

Na América Latina e, em igual sentido, no Brasil, não obstante a consignação de amplas garantias em suas Constituições, especialmente no que tange aos direitos fundamentais sociais, aponta-se como problema comum dos Estados, a ausência de efetivação concreta de direitos humanos. Os direitos fundamentais são considerados o núcleo essencial das constituições e do Estado Democrático de Direito. Todavia, especificamente os direitos fundamentais sociais, demandam uma atuação estatal para sua efetivação.

São esses direitos que dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado e da atuação do Poder Executivo na execução das políticas públicas que garantam os direitos conquistados: trava-se o embate entre a efetividade das normas constitucionais frente às limitações impostas pelo orçamento.

**Acerca dos conflitos de interesses que se referem a crianças e adolescentes, pode-se dizer que o Brasil possui um parâmetro de solução, no caso a legislação, bastante avançado: o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ou Lei nº 8.069, de 1990. No entanto, o citado estatuto é apenas um dos aspectos necessários para a garantia de direitos. Esses direitos dependem, para sua garantia, de uma ação concreta do Estado e da atuação do Poder Executivo na execução das políticas públicas que assegurem os direitos conquistados.**

Mesmo diante de uma profunda mobilização social na busca da concretização dos direitos fundamentais por intermédio das políticas públicas, os Poderes Públicos podem permanecer inertes.

Tal quadro pode ensejar a busca de resposta em outra esfera, através da intervenção judicial. Uma discussão mais recente, visando a concretização de direitos tem tomado a pauta dos Tribunais, em face da falta de implantação e/ou implementação de políticas públicas por parte do Estado, sendo os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais e concretização de direitos.

O presente artigo trata-se de uma pesquisa teórica, apresentando as várias abordagens sobre o assunto, por meio do debate sobre as seguintes questões: O Poder Judiciário pode ou não intervir nas políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais das leis? Até que ponto a intervenção do Poder Judiciário com vistas ao cumprimento das políticas públicas na implementação de direitos sociais caracteriza afronta à divisão e à independência dos poderes que constituem o Estado Democrático de Direito? Depois de esgotadas as tentativas em outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a intervenção do

Poder Judiciário, visando à implantação de políticas públicas pertinentes aos direitos fundamentais sociais? Como se dá essa questão na Vara da Infância e Juventude visando a concretização de direitos em face da falta de políticas públicas?

### **1- Política Pública no Brasil e os desafios do controle social**

O Estado brasileiro, ao se integrar com o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, adotou o referencial ético que deu a origem à Declaração dos Direitos Humanos de 1948, optando pela proteção integral e irrestrita dos direitos humanos.

A Constituição estabelece que a atividade para a satisfação dos direitos fundamentais sociais pertence, prioritariamente, por meio de atividades do Poder Legislativo e Poder Executivo (através da implantação/implementação de políticas públicas).

As políticas públicas podem ser examinadas de vários ângulos e cada um dele representa um olhar diferente que capta um determinado aspecto da realidade e, certamente, com algum objetivo específico.

Segundo Giovanni (2009) não existe uma grande teoria sobre as políticas públicas. Nós é que temos que fazer um recorte e assumir a responsabilidade sobre ele.

Mas, por que um tema ou questão torna-se o assunto de uma política pública? Somos tentados a responder com uma evidência: há uma política pública, porque há um problema para resolver, como se a política pública apresentasse uma “boa prática” ou como se a política pública devesse resolver os problemas dos necessitados. Esta explicação está cheia de senso comum, pois nem toda demanda social se torna política pública, como aponta o Prof. Giovanni:

Tal conceito vai além da ideia de que uma política pública é simplesmente uma intervenção do Estado numa situação social considerada problemática. Mais do que isso, penso a política pública como uma forma contemporânea de exercício do poder nas sociedades democráticas, resultante de uma complexa interação entre Estado e sociedade, entendida aqui num sentido amplo, que inclui as relações sociais travadas também no campo da economia. Penso, também, que é exatamente nessa interação que se definem as situações sociais consideradas problemáticas, bem como as formas, os conteúdos, os meios, os sentidos e as modalidades de intervenção estatal. (GIOVANNI, 2009, p. 1-2).

Essa conceituação depende da concretização histórica de alguns requisitos que configuram as modernas democracias; pressupõe-se uma capacidade mínima de planificação consolidada nos aparelhos do Estado.

A política pública é mais que uma política, é um modo institucionalizado de agir, elegendo situações problemáticas que o Estado irá intervir, não nascem prontas, são construídas.

Atualmente, o Poder Executivo tem se auxiliado (ou apropriado) das atividades dos chamados Conselhos de Gestão no que diz respeito à elaboração das políticas públicas no Brasil, sobretudo nas áreas da saúde, criança e adolescente, educação, assistência social, segurança entre outros. Tais conselhos, contam com a participação de diversos segmentos da sociedade, compostos por representantes estatais, da sociedade civil e de prestadores de serviços públicos (Poder Público, entidades de classe, associações, clubes de serviços, etc); composição essa, que torna o processo decisório mais permeável aos diversos interesses implicados na elaboração e execução de políticas públicas, favorecendo decisões mais justas e legítimas e contribuem para o diagnóstico das prioridades nas áreas correspondentes aos direitos sociais, formulando projetos, encaminhando sugestões e requerimentos no sentido de que sejam implantados/implementados pelo Poder Executivo.

Apesar de o controle social ser um princípio conquistado contido na Constituição de 1988, somente na década de 1990 que foram implementados, a partir das diferentes leis complementares, tais como exemplo: o SUS (1990), o ECA (1990), LOAS (1993) entre outros. Tais leis instituem o controle social em duas instâncias formais, que são também espaços de luta: as conferências e os conselhos.

As conferências são eventos que devem ser realizados periodicamente para discutir a política em cena, em cada esfera de governo, e propor diretrizes de ação. As deliberações das conferências são norteadoras para a implantação e implementação de políticas públicas.

Já os conselhos são espaços de caráter permanente, deliberativo e paritário. Compõe-se por 50% de membros da sociedade civil e outros 50% representantes do governo, com o principal objetivo de discutir, elaborar e fiscalizar a política em tela, em cada esfera de governo (SOUZA, 2010).

Essa estrutura pode representar um avanço importante na ampliação dos canais de participação política, bem como na renovação das formas de representação e de

negociação dos interesses. Contudo, a observação de experiências tem evidenciado que a efetivação de suas potencialidades tem enfrentado dificuldades. “O processo de descentralização/municipalização não se constrói por decretos e leis, o que requer por parte da sociedade civil e do próprio Estado, a predisposição a romper com hábitos e práticas políticas que resultam na centralização” (COELHO, 1999, p. 93).

Mesmo que não tenham poder efetivo para decidir sobre a política pública, os conselhos têm poder de veto sobre as decisões do governo, podendo paralisar obras, vetar convênios, suspender o repasse de recursos, etc... Os avanços ou recuos são mediados pela correção de forças num dado momento, diante das disputas travadas no interior dos conselhos, do *locus* de disputa de propostas e projetos, do embate político, do confronto, além da negociação, articulação e construção de alianças.

Embora não sejam os únicos e possíveis canais de participação da sociedade, os Conselhos revestem-se de características particulares, postos que são canais permanentes e sistemáticos com garantia jurídico/formal.

Mesmo diante de uma profunda mobilização social na busca da concretização dos direitos fundamentais por intermédio das políticas públicas, os Poderes Públicos podem permanecer inertes. Tal quadro pode ensejar a busca de resposta em outra esfera, através da intervenção judicial.

**O tema é muito polemico, principalmente pelo fato que essa quebra de paradigma (possibilidade do juiz na determinação judicial visando cumprir as Políticas Públicas, seja confundido como “administrador público” na materialização de políticas públicas) encontra óbices não somente jurídico, como o princípio da separação e harmonia dos poderes e o princípio da legalidade; mas, sobretudo fáticos, como é o caso da escassez de recursos financeiros do Estado, ou, como a Doutrina e os Tribunais tem preferido denominar, o princípio da reserva do possível.**

Ao que se sabe, a construção teórica do princípio da reserva do possível tem origem na Alemanha na década de 70, com o constitucionalista alemão Peter Häberle. O conceito trabalha com o fato de que a efetividade dos direitos sociais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, especialmente quando se tratarem de direitos fundamentais dependentes de atuação do Poder Executivo. A partir desta concepção, a concretização dos direitos sociais estaria relacionada à disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo da discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. O caso que saltou aos olhos dos doutrinadores na Alemanha foi a disputa versando sobre o direito de acesso ao ensino superior e as restrições fáticas existentes. (GARCIA, 2008).

Essa questão levou a doutrina a muitos debates, mas especialmente, deu surgimento a teorias que pretendem determinar quais limites ou restrições pode o judiciário intervir nas políticas públicas e contrabalançar as fontes de recursos e arrecadação do Estado com os a necessidade de investimentos sociais. É possível? Esta será a discussão formulada no nosso próximo item.

## **2- Intervenção Judicial em Políticas Públicas no Brasil**

A consagração de uma ampla gama de direitos e a democratização ao acesso à justiça, decorridos da constituição de 1988 estimularam a procura por soluções judiciais quando os direitos sociais não são concretizados com ações do poder público.

Não há registro unificado sobre o total de ações desse tipo ajuizadas em todo o País, mas vale transcrever o que tem sido divulgado. Segundo informações publicadas na imprensa, em setembro de 2009, só no Estado de São Paulo tramitavam 25 mil ações, obrigando a Secretaria Estadual de Saúde a gastar R\$ 25 milhões por mês para cumprir ordens judiciais de distribuição de medicamentos. Segundo o Ministério da Saúde, a União gastou em 2009 R\$ 83,16 milhões com a compra de medicamentos determinada por 1.780 ações judiciais. Esse valor seria 75% superior ao gasto em 2008 (SADEK, 2013).

Autoridades municipais, estaduais e federais, por sua vez, sustentam o argumento segundo o qual as decisões da magistratura têm desorganizado o planejamento e as finanças dos Municípios, dos Estados e da União. Afirmam que a interferência judicial tem obrigado administradores públicos a redefinirem prioridades e a se defrontar com uma situação de alteração na alocação de recursos. Alegam ainda que, os recursos que têm sido desviados para o cumprimento de decisões judiciais, seria possível construir novos hospitais e unidades de pronto atendimento, beneficiando desta forma um maior número de pessoas. (SADEK, 2013, p. 23).

Outra situação recorrente é em relação às demandas que visam à obtenção de determinado medicamento à custa do Estado ou a realização de exames ou procedimento cirúrgico não disponibilizado pelo SUS, tal demanda têm sido utilizadas com frequência na prática forense, através de ações estritamente individuais.

Grinover (2013) aponta críticas às essas decisões de demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. O mesmo posicionamento apresenta Jacob:

O Poder Público, como visto, ao garantir o direito constitucional à vida e à saúde (mínimo existencial), atentou-se para a limitação dos seus recursos materiais (reserva do possível), a fim de atender um maior número de pessoas com os recursos disponíveis, em perfeita observância aos princípios da razoabilidade e da eficiência, que devem nortear os atos administrativos. Dessa forma, a função precípua do ente público é racionalizar os seus recursos financeiros, de modo a garantir o acesso de todos às ações e serviços de saúde, não me parecendo justo e nem adequado que os poucos recursos destinados ao Município pelo SUS sejam utilizados com uma minoria que busca, através do Poder Judiciário, utilizar-se de medicamentos onerosos que não estão incluídos dentre aqueles de fornecimento obrigatório. (JACOB, 2013, p. 276).

Ressaltando ainda, que quando determinado medicamento é disponibilizado, foi avaliado pelos técnicos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que se baseia na FDA – agência americana de drogas e alimentos (órgão americano equivalente a ANVISA). Essas ações tem gerado um embaraço jurídico: a advocacia Geral da União e as Secretarias da Fazenda dizem que os governos não devem fornecer um remédio, sem registro na ANVISA e sobre o qual faltam evidências sobre a eficácia e a segurança.

Para Appio (2012) ao promover uma ação individual, o cidadão não pretende a universalização do serviço, mas apenas garantir sua vaga. As ações individuais não teriam condições de propiciar o planejamento de políticas públicas, pois se estaria julgando uma situação deslocada da perspectiva global do fenômeno: são ações individuais visando à implementação de “políticas públicas”.

De grande valia, pois, a advertência de José Reinaldo de Lima Lopes, no sentido de que todo o cuidado deve ser reservados em relação ao provimento jurisdicional que conceda direitos fundamentais sociais, a fim de que o Poder Judiciário não assumira a “fila de atendimento” dos órgãos da administração. É preciso, segundo o autor, que o provimento jurisdicional permita o atendimento igualitário de todos os cidadãos. (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 105).

Resultando que uma necessidade individual demanda e pressupõe a prévia implementação de uma determinada política social. Sendo que há um conflito entre a perspectiva da lei e da política pública. A lei lida com a conduta dos outros, tem um olhar retrospectivo: “o que ocorreu”, retrospectivamente olha se alguém errou. Já a visão de Política Pública é um olhar prospectivo, busca aprender com aquele conflito para pensar o futuro. A ação em Política Pública é ação em escala, buscando o atendimento da coletividade, do grupo de pessoas e não do indivíduo. Quando um

gestor pensa a questão de escala, representado através de indicadores, quer produzir ação, movimento, mudar o cenário. Busca-se recursos para produzir resultados, considera-se o universo: o todo. Não se trata se retrospectivamente alguém errou, mas o que alcançou – busca a efetividade. Isso é difícil no processo judicial, pois no direito há conflito entre o individual e o coletivo (BUCCI, 2013).

Para Gonçalves não basta a efetivação dos direitos sociais de forma individual: “ [...] a concretização do direito social apenas para alguns não é direito, é privilégio” (GONÇALVES, 2013, p. 18).

Appio (2012) entende ser descabida uma demanda individual pleiteando a garantia de um direito fundamental quando a política pública correspondente não esteja implementada, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes e à isonomia. Essa demanda não pode ser atendida pelo juiz no caso concreto, através de uma ação individual, pois se busca a proteção de um direito coletivo através de uma demanda de natureza individual.

Mas, Canela Júnior (2011) aponta que não há como se determinar na relação jurídica, quais seriam exatamente todos os beneficiários, pois os direitos fundamentais sociais atingem um número indeterminado de pessoas, porquanto o seu âmbito pretendido de abrangência é o conjunto de toda a sociedade. Nessa mesma linha de pensamento segue Zufelato (2013):

Existem algumas demandas, chamadas de pseudoindividuais, que, embora sejam propostas como ações individuais, possuem objeto que transcende a exclusividade da esfera jurídica do autor, de forma que a decisão sobre ela inexoravelmente atingirá uma coletividade de sujeitos; essa demanda, em realidade, é individual quanto ao autor, mas coletiva quanto aos efeitos. Seria o caso, por exemplo, de deficiente físico que pleiteia em seu nome a adaptação dos meios de transporte público para o beneficiar. Uma vez julgada procedente tal demanda, adquirirá efeitos coletivos, alcançando a todos os deficientes físicos que utilizem esses mesmos meios de transporte. (ZUFELATO, 2013, p. 328)

Se o Poder Judiciário confere um direito social a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas, por certo, todos que estejam na mesma situação são merecedoras do direito. O princípio de isonomia impõe um tratamento idêntico, por parte do Estado, em favor de todos os cidadãos que se encontrem em uma mesma situação de necessidade. Existem, portanto, demandas individuais com efeitos coletivos, que servem aos interesses ou direitos difusos e coletivos.



Como se observa o Poder Judiciário constituiu-se um ator com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração e execução de políticas públicas, em áreas que tradicionalmente são de competências dos poderes Legislativo e Executivo.

No Brasil, durante muito tempo os tribunais assumiram a posição de não poder adentrar no mérito da administração pública. Mas para a jurista Ada Pellegrini Grinover, a Constituição de 1988 trouxe a verdadeira guinada em termos de ação popular, através do art. 5, inciso LXXIII, que introduziu a seguinte redação:

Art. 5, inciso LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. (GRINOVER, 2013, p. 127)

Ora, se o Estado não promoveu a satisfação dos direitos fundamentais, nasce a pretensão de utilizar-se de ação Judicial para obter a reparação da lesão causada, do que resulta a intervenção direta dos juízes em áreas que até então, eram exclusivas dos demais poderes.

A mera previsão abstrata do direito fundamental, ou seja, apenas a lei sem a sua concessão material, implica igualmente lesão e, portanto, sujeita o Estado à obrigação de satisfazê-lo. Assim para Canela Júnior (2011) todas as lesões a direitos fundamentais sociais levadas ao conhecimento do Poder Judiciário deverão ser obrigatoriamente apreciadas, pois trata-se, de limitações à sua efetivação.

Para Watanabe, os demais direitos fundamentais sociais, que não correspondam ao núcleo básico da dignidade humana e por isso não são asseguradores do “mínimo existencial”, e tampouco estejam consagrados em normas constitucionais, não deveriam ser apreciados pelo Judiciário sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição de política pública específica. Em relação a eles deve ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, e o respeito aos devidos Conselhos de Direitos. (WATANABE, 2013).

Para a jurista Ada Pellegrini Grinover (2013) o Poder Judiciário pode exercer a intervenção nas políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

De acordo com o disposto no art. 5 XXXV, da Constituição Federal “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Assim, nenhuma afirmativa de lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. (GRINOVER, 2013, p. 143).

O mesmo posicionamento tem Maria Paula Dallari Bucci “[...] não é se pode ou não haver controle judicial, (isso é certo, em virtude da CF, art 5 XXXV), mas qual o seu conteúdo e quais os limites da decisão judicial” (BUCCI, 2013, p.192).

Num país como o Brasil, com enormes dívidas sociais, com problema de pobreza, de marginalização, de desigualdades sociais e regionais, de falta de moradia, de distribuição desigual de rendas e outros mais, pretender que todos os direitos fundamentais sociais sejam implementados de uma só vez, inclusive com a intervenção do Judiciário, é um sonho idealista que esbarra em obstáculos práticos. O alcance desses objetivos, entretanto, não se dará do dia para a noite. Far-se-á necessário estabelecer prioridades, as quais não são tarefas atingíveis em um curto espaço de tempo. Muito ao contrário, serão alcançados passo a passo, fazendo-se construir paulatinamente e sem desrespeito aos outros princípios fundamentais previstos na Constituição Federal (WATANABE, 2013).

As políticas públicas necessitam de um tempo (período) para serem concretizadas, no entanto, também deve se considerar o tempo de omissão da administração pública para a implantação do serviço solicitado. Exemplificando, uma pessoa que perdeu a perna em um acidente e solicita uma prótese, sendo que já entrou com vários pedidos administrativos sem respostas, a mera omissão não justifica a negativa ao serviço.

Então é razoável que o magistrado, após analisar as cadeias de ramificação das políticas públicas, a partir dos núcleos constitucionais de irradiação, acomode o provimento jurisdicional, estabelecendo prazo para que se concretize a efetiva disponibilização do serviço. O magistrado, ao mesmo passo em que julga procedente o pedido, fixa termo para a disponibilização do serviço público, consoante a proporcionalidade exigida no caso concreto, constituindo este o provimento jurisdicional que posteriormente vinculará a conduta do Estado. (CANELA JÚNIOR, 2011, p. 158).

Diante da escassez de recursos ou a ausência de respostas do poder público, o Judiciário depara-se com situações dramáticas nos casos concretos que chegam até ele, tendo muitas vezes, que optar pela vida e ou pela morte. Nessas circunstâncias acaba interferindo na competência dos demais poderes – seja ele o Executivo e/ou o Legislativo, responsáveis pela concretização dos direitos através das políticas públicas.

Outro argumento utilizado para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais sociais é o seu impacto econômico-financeiro. Constata-se que o fenômeno econômico tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário.

A percepção de que a satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais sociais causa vinculação econômica no orçamento do Estado suscitou o tema da “reserva do possível”. Na teoria da reserva do possível, o Estado somente está obrigado a oferecer a garantia de direitos fundamentais, no limite das suas possibilidades, especialmente financeira. Por isso, o investimento a ser feito pelo Estado estaria limitado àquilo que foi determinado no seu orçamento, dentro dos estritos limites determinados pela Constituição.

Para Gonçalves (2013) a invocação da teoria da reserva do possível não pode ser aceita na busca de uma justificativa para os tão baixos níveis na amplitude de atendimento e na eficiência (qualidade) dos serviços públicos.

Ada Pellegrini Grinover, relativamente à “reserva do possível” defende que não basta a simples alegação de falta de recursos, esta deverá ser provada, pela própria administração. Ainda, segundo o entendimento da jurista, o acolhimento da alegação de falta de recursos não conduziria à rejeição do pedido pleiteado.

Mas não é só: o judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública [...]. Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação, e a obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.[...].Nos casos de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito. (GRINOVER, 2013, p. 138 - 139).

O mesmo entendimento tem Canela Júnior (2011), pois considera que ao ser constatada eventual incapacidade financeira (atual) para a satisfação da decisão judicial, a solução não seria o julgamento da improcedência do pedido ou mesmo a extinção do processo por ausência de condições da ação. Comprovada a lesão ao direito fundamental social, a decisão judicial determinaria que os poderes Executivo e Legislativo ajustem as finanças públicas, programando o custeio para a implementação

das políticas públicas. Assim, admite que aqueles direitos fundamentais violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, como o Superior Tribunal de Justiça, já acenaram com decisões, ora oscilando numa, ora oscilando noutra corrente. Inclusive o Conselho Nacional de Justiça tem tomado iniciativas, em uma série de temas atinentes a políticas públicas, no âmbito do Poder Judiciário nacional. A tendência, contudo, é que, caso a caso, soluções sejam obtidas sem romper bruscamente com paradigmas consagrados e, ao mesmo tempo, sem deixar de zelar pelos direitos mais nobres, resguardados pela Constituição, como o caso da dignidade da pessoa humana. (GARCIA, 2008).

Como se observa a doutrina não é pacífica a respeito: há os que defendem a tese de que todos os direitos fundamentais sociais são tuteláveis pelo Judiciário sem necessidade de indagar se existem, ou não, os recursos necessários para a sua implementação, como os que defendem a possibilidade parcial da intervenção e os que defendem a impossibilidade de qualquer intervenção.

Apesar desse estudo, observamos que, na Vara da Infância e Juventude, esses argumentos não são mencionados e são apresentadas as justificativas em base aos pareceres dos profissionais no judiciário, assistentes sociais, psicólogos e da rede de serviços, como será apresentado no próximo item.

### **3. O atendimento da Justiça nos casos da Infância e da Juventude**

Os casos atendidos na Vara da Infância e Juventude envolvem, na sua maior parte, uma população desprovida de recursos e também, quando os direitos das crianças e dos adolescentes estabelecidos pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) são ameaçados ou violados por conduta dos próprios, ou ainda por ação ou omissão da família, sociedade ou Estado, precipitam demandas sociais não resolvidas, ou não solucionadas pelos agentes do poder público, conforme o Art. 98 do ECA.

Podemos dizer que a área da Justiça da Infância e Juventude direciona seu atendimento aos problemas relacionados às crianças e aos adolescentes, quando estiverem em situação de risco e vulnerabilidade social e necessitarem de medidas de proteção.

Devido às características da área da infância e juventude, todo procedimento tem início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse (parte representada por advogados). Em alguns casos, também devido às características do atendimento (crianças e adolescentes em situação de abandono e maus tratos), a denúncia é realizada pelo Conselho Tutelar ao Ministério Público, o qual provoca o Juízo da Infância e Juventude, por meio de representação.

O artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente lembra que toda criança ou adolescente deve ser criado e educado com sua família e, excepcionalmente, com uma família substituta, o que vem reforçado no Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária e pela Lei 12010/2009. O acolhimento institucional da criança e do adolescente é uma medida excepcional e só pode ser decretado pela autoridade judicial (art. 101, §2º, ECA), cabendo ao Conselho Tutelar sua aplicação, apenas em situações excepcionais e emergenciais. A colocação deve ser comunicada imediatamente ao Ministério Público, para início do devido procedimento judicial, a fim de que os envolvidos sejam convocados e a possibilidade de defesa seja oferecida.

Em complemento ao Art. 101, a Lei 12010/2009 § 4º indica que:

Imediatamente após o acolhimento da criança ou do adolescente, a entidade responsável pelo programa de acolhimento institucional ou familiar elaborará um **plano individual de atendimento**, visando à reintegração familiar, ressalvada a existência de ordem escrita e fundamentada em contrário de autoridade judiciária competente.

Define-se, a seguir, no § 5º, que o “[...] plano individual será elaborado sob a responsabilidade da equipe técnica do respectivo programa de atendimento e levará em consideração a opinião da criança ou do adolescente e a oitiva dos pais ou do responsável”. Quando a Lei 12.010 propõe o Plano Individual de Atendimento (PIA), toma como referência a avaliação interdisciplinar.

O Conselho Nacional de Justiça resolveu que todos os Tribunais de Justiça do País deverão realizar Audiências Concentradas (Provimento nº 32, de 24 de junho de 2013 “Obrigatoriedade das audiências concentradas-maior controle dos acompanhamentos”), e prevê: reavaliação de cada uma das medidas protetivas de acolhimento, diante de caráter excepcional e provisório, em cada semestre (abril e outubro preferencialmente).

As mencionadas audiências têm o objetivo de possibilitar a reunião de atores públicos corresponsáveis na solução dos problemas que levam uma criança/adolescente ao afastamento da família.

Buscando compreender como o judiciário responde aos casos que necessitam da atuação de políticas públicas, observamos que, o Juiz com base no conteúdo dos pareceres dos diversos profissionais (seja da rede de serviços ou do judiciário), direta ou indiretamente, acata, incorpora e se apropria, do saber desses profissionais, na sentença que profere.

Na avaliação da situação de crianças, adolescentes e famílias na Vara da Infância e Juventude, o assistente social e os profissionais da rede de serviços, investidos do poder simbólico, podem adentrar às casas, falar com as pessoas, avaliá-las e emitir pareceres sobre o destino de suas vidas. Por outro lado, observamos também que, o assistente social no judiciário incorpora e se apropria da linguagem jurídica em seus relatórios e pareceres, reproduzindo a dinâmica da própria instituição e o poder concentrador que ela possui.

Segundo Bourdieu (1989) todos os sistemas simbólicos (a política, a religião, o direito, entre outros) são caracterizados por agentes dotados de um mesmo *habitus*. Os atores corporificam papéis e os efetivam cotidianamente.

A proximidade dos interesses e, sobretudo, a afinidade dos *habitus*, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões de mundo. Segue-se daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões do mundo diferentes e antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o *etos* dos agentes jurídicos que são invocados tanto para justificar como para inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes. (BOURDIEU, 1989, p. 242).

Nessa análise, a interpretação da lei não é o ato solitário de um magistrado em fundamentar a demanda na razão jurídica; o conteúdo prático da lei se revela no resultado de uma luta simbólica entre os vários profissionais dotados de competência técnicas. Essa situação se destaca com mais veemência na Vara da Infância e Juventude, através dos colaboradores institucionais do Juiz, ou seja, dos vários profissionais dos diversos órgãos institucionais.

Ainda observamos que os representantes da sociedade civil e do Poder Público, nos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, na maioria das vezes, também são os mesmos que participam das audiências concentradas nos casos de crianças e/ou adolescentes acolhidos, podendo esses, contribuir ou influenciarem a agenda na elaboração de políticas públicas, ou das decisões partilhadas em relação a vida dessas crianças/ adolescentes e famílias.

Nessa rede de profissionais, é promovido um conselho de administração de gestão da infância e juventude, e a família aparece como cercada pelos acompanhamentos propostos, ocasionando a existência de um complexo tutelar em torno da administração de gestão da infância e juventude desadaptada.

### **Considerações finais**

Apesar das várias abordagens dos juristas, de como o judiciário tem respondido a um direito não concretizado pelo poder público, identificamos os que sustentam a tese de que todos os direitos fundamentais são tuteláveis pelo judiciário, a dos que defendem a possibilidade da intervenção parcial e dos que afirmam ser impossível qualquer intervenção. Apesar desse estudo, observamos que na Vara da Infância e Juventude, esses argumentos não são mencionados e são apresentadas as justificativas em base aos pareceres dos profissionais no judiciário, assistentes sociais, psicólogos e da rede de serviços.

A Justiça da Infância e Juventude têm modificando a sua atuação, na busca de articulações interinstitucionais com a rede de serviços; seja através da exigência da elaboração do Plano Individual de Atendimento, do acompanhamento dos casos acolhidos com a rede de serviços sócio assistencial ou da realização das audiências concentradas, buscando alternativas para os problemas apresentados e para o cumprimento da Lei 12.010/2009 (Lei do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes).

Considerando essas alterações foi demonstrado que as crianças, os adolescentes e famílias, são atendidos e acompanhados por vários profissionais dos diversos setores, que compõem o Sistema de Garantia de Direitos, seja ele, Municipal, Estadual ou Federal. Estes profissionais buscam decisões colegiadas, para o problema apresentado, a fim de subsidiar a decisão judicial, a qual na maioria das vezes é homologada pelo Juiz.

Os profissionais do Sistema de Garantia de Direitos se fortalecem e compartilham da mesma postura e proposta. Situação essa que dificulta ainda mais, às crianças, aos adolescentes e famílias, defenderem desse posicionamento conjunto em rede. Desencadeia-se um processo de controle e de tutela por pessoas bem intencionadas ou por especialistas reconhecidos, considerando o perigo que as crianças e adolescentes correm em sua família, que levam os envolvidos, comumente a escolher entre uma sujeição às normas e/ou orientações sugeridas pelos experts, profissionais da área, que são os que sabem as regras.

Em relação ao objetivo de nossa pesquisa em identificar como o Poder Judiciário intervém para garantir direitos na área da Infância e Juventude, em face da necessidade de implantação de políticas públicas; detectamos que tal situação, vai além da ausência de políticas públicas implantadas pelo Estado, em determinados foco de atenção. Os profissionais que têm o poder simbólico de indicarem alternativas, pois geralmente são

eles, os atores envolvidos que constroem a representação e soluções dos problemas e indicam ou elegem situações que o Estado irá intervir, podem por um lado, corroborar com o que está instituído, através de pareceres que ratificam a normatização (ou culpabilizar a família), ou por outro, os pareceres podem apresentar novos saberes e indicarem novos caminhos para a aplicação da justiça e construir propostas que sejam capazes de preservar e efetivar direitos.

## Referências

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas Públicas no Brasil**. 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico, *In: O PODER simbólico*. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Capítulo VIII.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, (DF), 16 jul. 1990. Retificado no DOU de 27.9.1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília, DF: **Diário Oficial da União**, 04 ago. 2009. Retificado no DOU de 2.9.2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Ailta. B.R. Política de proteção à infância e adolescência e descentralização. *In: Revista Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 60, p. 92-105, jul. 1999.

GARCIA, Rafael.B. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil**: análise doutrinária e evolução casuística. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 10, n. 51 set./out. 2008.

GIOVANNI, G. Di. As estruturas elementares das políticas públicas. **Caderno de Pesquisa**, Campinas, n. 82, 2009.



GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos Sociais:** cidadania, política e justiça. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Grinover (Coord.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

JACOB, Cesar Augusto Alckimin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. **In:** GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Watanabe (org.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 235- 283.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas:** concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. Salvador: Jus Podivm, 2008.

RIGHETTI NÓBILE, Carmen Sílvia; ALAPANIAN, Sílvia. O Serviço Social, as Políticas Sociais e os limites da aplicação do direito. **In:** GUEDES, Olegna de Souza (org.). **Serviço Social e Políticas Públicas:** processo de trabalho e direitos sociais. Londrina: EDUEL, 2009. p.106-28.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. **In:** GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Watanabe (org.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1- 32.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “Mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **In:** GRINOVER, Ada Pellegrini e KAZUO, Watanabe (org.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 213- 224.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. **In:** GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Watanabe (org.). **O controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 309- 331.