



Claudia Abramo Ariano

O Estatuto da Criança e do Adolescente no STF

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de Direito
Público, como exigência para
conclusão do curso da Escola de
Formação do ano de 2006.

SÃO PAULO
2006

Índice

Introdução.....	3
Metodologia.....	7
1. Recurso Extraordinário 196.434-1.....	9
2. Recurso Extraordinário 248.869-1.....	13
3. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5.....	17
4. Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários 383.107-1; 400.860-2; 401.023-2; 404.210-0; 431.916-1; 450.263-1; 463.210-1 e Agravo Regimental de Instrumento 410.646-6.....	21
5. Decisões monocráticas.....	25
Conclusão.....	27
Bibliografia.....	30

Introdução

A Constituição Federal do Brasil, em vigor desde 1988 trouxe consigo a incorporação da idéia afirmativa da criança e do adolescente como sujeitos de direito, concepção, essa, que foi reafirmada e concretizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990).

A legislação anterior, o Código de Menores (Lei 6697/1979) tratava do tema de maneira mais genérica e abstrata do que a lei atual e não se mostrava tão efetiva, já que a carta federal em vigor não trazia em si a constitucionalização de tantos direitos sociais. Com o passar do tempo, novas exigência e questões relacionadas a crianças e adolescentes foram se fazendo presentes e exigindo, com uma força cada vez maior, uma regulamentação que atendesse a tais demandas.

Como diz Flávia Piovesan, “os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer”¹, ocorrência que pode ser visualizada no caso da Criança e do Adolescente, que eram quase invisíveis para o Direito até então. Hoje, juntamente com a família e o idoso, eles possuem um capítulo próprio na Constituição Federal (Capítulo VII) e o art 2272 assegura seus direitos. O referido estatuto, assim, vem para concretizar essa nova concepção trazida pela Constituição Federal, ou seja, faz com que não existam possíveis lacunas que possam abrir espaço para a falta de responsabilização no caso de não aplicação dos direitos em questão.

¹ Flávia Piovesan. *Consulta Nacional sobre Violência da Criança e do Adolescente*. Pág 2

² “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Hoje, o tratamento especial destinado à criança e ao adolescente, decorre dos princípios da igualdade e da diversidade, qual seja, uma igualdade que reconheça a diferença e uma diferença que não produza desigualdades³. Essa parcela da população merece especial atenção por não estar em mesmas condições que os adultos e idosos (não podem possuir as mesmas exigências, direitos e obrigações), são sujeitos de direito em desenvolvimento e em situação mais frágil do que outros.

1No entanto, não é novidade o déficit de aplicação de direitos sociais (não só os sociais, como outros), seja por falta de recurso, seja por questões culturais e sociais (como a fragilidade de nosso sistema educacional ou a pobreza, por exemplo, que faz com que as crianças e os adolescentes entrem para o mercado de trabalho informal ao invés de estudar).

Atualmente as crianças e os adolescentes representam 61 milhões de pessoas no Brasil, ou seja, 35,9%⁴ da população total, sendo de extrema importância que seus direitos sejam efetivados, o que quer dizer, é importante que o sistema que rege nossas vidas possibilite cada vez mais proteção à saúde, à educação, à família, à dignidade, ao respeito, entre outras proteções que um Estado Democrático de Direito deve assegurar aos seus cidadãos.

Ainda há muito que se fazer para que as crianças e adolescentes possam ter condições de crescimento, desenvolvimento e vida, iguais em relação aos demais cidadãos, para que a sociedade seja solidária e dê a devida proteção que lhes é preciso. Não são poucos os casos de agressão a menores, de desrespeitos de todo e qualquer tipo para com eles, que, por condições naturais não possuem a mesma força que a população adulta (já que estão em posição de desenvolvimento), fatos que fazem necessária uma estrutura e uma organização para que sejam incluídos e recebam toda a ajuda que for preciso, inclusive a contribuição legal.

³ Flávia Piovesan. *Consulta Nacional sobre Violência da Criança e do Adolescente*. Pág 8
⁴ www.ibge.org.br

É certo que o Poder Judiciário tem um grande papel na consolidação da aplicação de tantos direitos. A mudança de paradigma trazida pela Constituição e pelo ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) deve ser resguardada por todos os poderes que compõem o Estado. O legislador, garantindo leis que efetivem e dinamizem tal processo; o executor, fazendo com que a proteção seja dada de forma organizada e integral; e por fim, o poder judiciário, julgando aqueles casos em que os direitos forem reclamados.

A proposta deste trabalho é analisar como o Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, lida com essas questões, ou seja, que tipo de demanda se apresenta a ele e qual é sua forma de encarar e resolver o problema. Pretende-se, com isso, perceber se a mais alta cúpula judiciária está contribuindo para uma crescente inclusão e proteção dos direitos em questão, ou se o tema é tratado com a semelhante invisibilidade que possuía antes da carta de 88 e do estatuto. Assim, será analisada uma possível linha de racionalidade que aborde a criança e o adolescente como novos sujeitos de direito.

Esse trabalho se restringirá à primeira parte do Estatuto da Criança e do Adolescente (Título II, art 7º ao art 69º), que diz respeito aos direitos fundamentais e expressa as conquistas de novas perspectivas de tratamento dos cidadãos com esta específica peculiaridade social. É evidente que o estatuto como um todo representa a quebra de paradigma. Ele foi um marco legislativo de extrema importância, mas a referida parte é a que concentra em si a ideologia que será o vetor de todo o texto, ou seja, a nova forma pela qual devem ser encarados esses cidadãos, a base de todo o resto dos direitos, qual sejam, os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

São muitos os casos tratando deste tema que permeiam todo o poder judiciário, mas a proposta dessa monografia é analisar aqueles que chegam ao STF, a forma como este importante órgão do Poder Judiciário os encara e

sobre eles decide. Nossa Constituição atual representa a institucionalização da democracia e dos direitos humanos e tem apenas 18 anos, enquanto o ECA tem 16, o que significa muito pouco tempo de existência. Este é tomado como limite de tempo para as decisões encontradas já que foi seu texto que consolidou a mudança de visão, a mudança de tratamento para os novos sujeitos de direito.

Assim, o presente trabalho terá como foco as decisões que o Supremo Tribunal Federal proferiu a partir de 1990, e que dizem respeito aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, elencados no Título II do ECA. Tentar-se-á perceber como o STF decide, qual sua linha (se é que há uma linha), a forma e os fundamentos em que se embasaram, qual é o modelo argumentativo usado como meio para consolidar tais direitos, se há uma tentativa notável de construção e aperfeiçoamento desses direitos, se as decisões refletem uma posição do STF e se, ao longo do tempo houve uma mudança de postura por parte do Tribunal (sendo o esperado a constatação de que se há a mudança, ela tenha sido em prol da importância do tema). Para isso, será preciso perceber que tipos de casos se encontram no STF e se é ou não é grande o número de incidência de tal matéria. A partir daí, poderemos perceber como a sociedade e o judiciário, estão encarando a questão apresentada.

Metodologia

Para que o material que será analisado ao longo deste trabalho fosse encontrado, foi realizada uma pesquisa no *site* oficial do Supremo Tribunal Federal⁵. A busca iniciou-se no *link* Jurisprudência, seguida da opção “Pesquisa de Jurisprudência”.

No campo “Pesquisa livre” foram colocados os termos “ECA” (foram encontrados, ao todo, 80 acórdãos com incidência de tal expressão), “Estatuto da Criança e do Adolescente” (não houve resultado de busca encontrado), “criança” (houve 126 acórdãos contendo tal palavra), “adolescente” (foram achados 86 acórdãos onde se apresenta a palavra) e “menor” (2058 resultados). O critério de seleção dos acórdãos foi a leitura das ementas, critério esse que não é o mais adequado quando se trata de uma pesquisa aprofundada e detalhada, mas que devido ao curto tempo disponível se fez necessário. Assim, procurou-se encontrar aquelas ementas que se referiam ao Estatuto e que envolviam os artigos 7º ao 69º (aqueles acórdãos que não possuíam artigos no corpo da ementa foram lidos em seu inteiro teor para se saber se serviam de material de estudo).

Também foi utilizado o critério de procura de precedentes, o que quer dizer que aqueles casos citados ao longo das decisões encontradas foram analisados também e aqueles que diziam respeito ao tema, foram incorporados ao material de estudo. Ainda houve aqueles acórdãos, e decisões monocráticas que não foram encontrados por esses meios, mas estiveram presentes em outros trabalhos em andamento dos alunos da Escola de Formação da SBDP e por isso foram “descobertos”.

O resultado de tal procura foi de treze Recursos Extraordinários e quatro decisões monocráticas, o que significa um número muito baixo diante da

⁵ www.stf.gov.br

quantidade de resultados encontrados no início das pesquisas. Isso ocorreu por conta da restrição do campo de análise (apenas o Título II do Estatuto).

O trabalho será dividido por acórdãos e grupos de acórdãos que possuem uma semelhança muito grande. Essa será uma análise qualitativa que possibilitará uma percepção a respeito da linha de entendimento que o STF vem tomando.

Os critérios qualitativos para a análise serão a observação do tipo de argumentação utilizada, a fundamentação dos mesmos, se a questão é abordada de forma profunda ou superficial, se há uma linha de entendimento no STF e se a forma como as decisões se estruturam possibilitam a utilização do caso como precedente efetivo e se contribuem para a afirmação da proteção da criança e do adolescente.

Não se faz necessária uma análise quantitativa profunda já que todas os acórdãos, sem exceção, decidem pela concessão de direitos à criança e ao adolescente.

1. Recurso Extraordinário 196.434-1

Esse Recurso Extraordinário diz respeito à adoção de Avelino Guedes Osório, que, ao falecer, deixou bens aos seus familiares sanguíneos. A impetrante, Marina do Amaral Carvalho de Souza, filha sanguínea da mãe adotiva de Avelino, entrou com o pedido de reivindicação dos bens deixados por aquele.

O caso não se encaixaria em nada no tema discutido nesse trabalho não fosse o fato de que a impetrante recorreu ao Estatuto da Criança e do Adolescente em sua defesa, já que esse promove uma integração absoluta do adotado na família que o adotou, afastando-o definitivamente de sua família de sangue. Assim, se fosse este estatuto o regulador da situação de Marina, ela herdaria inevitavelmente os bens deixados por Avelino.

No entanto, é nítido que as regras que estão envolvidas no caso são as do antigo Código Civil brasileiro⁶ (lei 3071 1916), vigente à época, que dizia, em seu art. 168 que “Não há direito de sucessão entre o adotado e os parentes do adotante”, já que não estão envolvidas quaisquer crianças ou adolescente.

O Ministro Relator Néri da Silveira (que se aposentou antes do término do caso), em seu voto, disserta por vinte e quatro páginas sobre a diferença entre a aplicação do Código Civil (para adultos) e a do ECA (para crianças e adolescentes), que aos primeiros olhos, parece ser clara e objetiva. Essa diferenciação fica evidente no voto do Relator (o mesmo Ministro) que apresenta a diferença doutrinária entre os dois tipos de adoção, apesar de em todos os momentos do voto ela ser reafirmada de diversas maneiras.

⁶ O Novo Código Civil brasileiro adotou o entendimento do ECA. Ele não faz distinções entre filho sanguíneo e adotado, inclusive para fins de sucessão patrimonial. Diz em seu art. 1626 “A adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”.

Tal decisão se mostra importante e pertinente no contexto desse trabalho por conta dos comentários que os Ministros proferiram a cerca da importância da criação do ECA. O primeiro deles, proferido no voto do Ministro Relator é uma citação da Promotora de Justiça que se pronunciou a respeito do caso:

“O ECA introduziu profundas modificações no instituto da adoção, alicerçando-se na doutrina de proteção integral da criança e do adolescente, afastando-a da situação irregular que pautava o Código de Menores. A doutrina da proteção integral está calcada no reconhecimento de que as crianças e adolescentes, devido a condições peculiares de pessoa em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral. São titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa e que ensejam o integral desenvolvimento de suas personalidades em condições de liberdade e dignidade. Esta teoria tem por base a Convenção Internacional sobre os direitos da Criança”⁷

Ao longo do Relatório, no pronunciamento da Procuradora-Geral da República, aparecem algumas críticas ao Estatuto. Ela diz que o legislador ultrapassou os limites de sua capacidade em alguns pontos da Lei 8.069/90, traçando regras que ultrapassaram a finalidade de proteção integral à criança e ao adolescente. Um exemplo disso é o art. 41 do Estatuto⁸, em questão neste caso. Segundo ela, essa é uma matéria do direito civil brasileiro e que é referente aos adultos, que é desapropriada e descabida e, portanto, não deveria ter sido invadida pelo legislador.

⁷ Recurso Extraordinário 196.434-1, p.949

⁸ “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. § 1º. Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes. § 2º. É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária.”

A Procuradora-Geral, aí, refere-se a uma agressão constitucional na produção legislativa. Cabe aqui, no entanto, um apontamento sobre a condição de dependência natural da criança e do adolescente. Justamente pelo caráter de indivíduo em desenvolvimento e em condição de dependência de outros (e, portanto, enfraquecida) é que se fez necessária a criação de um Estatuto que protegesse e regulasse a condição de tais seres.

Essa dependência faz com que outras pessoas estejam diretamente vinculadas a elas e interfiram diretamente em sua vida e formação. É inócua, assim, a tentativa de proteção integral por um Estatuto se esse exclui essas outras condições que rodeiam e fazem parte da situação das crianças e dos adolescentes.

Há, também, uma declaração que salta aos olhos. O voto do Ministro Moreira Alves, que se pronuncia após pedir vistas, apóia-se na idéia de que não há distinção entre crianças adolescentes e adultos (p. 969). Ele diz que a Constituição Federal quis equiparar todos os conceitos e dar ênfase à família, não apresentando artigo legal ou uma explicação mais detalhada que pudesse fundamentar tal opinião.

O Ministro, assim como Néri da Silveira, não conhece o recurso, no entanto, com o fundamento de que a morte da adotante ocorreu antes da promulgação da Constituição de 1988, o que fez com que, com a morte, se extinguisse o efeito patrimonial e o direito sucessório do adotado. Para ele há um fato consumado no passado e a Constituição não retroage, não sendo necessária qualquer observação a respeito da diferença entre adultos e crianças (que para ele, deixou de existir).

Há também, em seu voto uma discussão que provocou um diálogo entre Ministros, a respeito de direito intertemporal que não vem ao caso nessa monografia.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, fez uma comparação entre o Estatuto da Criança do Adolescente e a Constituição Federal, apontando inovações que surgiram dessa união. Ele concorda com o voto do Moreira Alves no ponto sobre a não distinção entre crianças, adolescentes e adultos (não apresentando maiores explicações), entendendo que aí consiste a novidade, e quanto à não retroatividade da Constituição.

Porém, apesar de sua argumentação, em seu voto, assim como o voto do Ministro Sydney Sanches, acompanha o de Néri da Silveira (*“acompanho a conclusão do voto do Relator, Néri da Silveira, mas explicito minha adesão à fundamentação do Ministro Moreira Alves”*⁹)!

Por fim, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto declara:

*“Elegi, como modo de proceder na tarefa de resolver os conflitos de interesse, idealizar, primeiramente, à mercê da formação humanística, a solução mais justa para a hipótese e, somente após, valer-me da dogmática, do Direito posto, ante o fato de vivermos em um Estado Democrático, impondo-se, assim, o respeito às balizas constitucionais, à ordem jurídica.”*¹⁰

Seu voto foi o único dissonante, já que conheceu o recurso extraordinário em nome da família que se constituiu e que deve ser resguardada.

⁹ Recurso Extraordinário 196.434-1, p. 987

¹⁰ Recurso Extraordinário 196.434-1, p. 994

2. Recurso Extraordinário 248.869-1

Trata-se de um pedido de investigação de paternidade, juntamente com um pedido de alimentos, cuja inicial vem subscrita pelo representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, como assistente de Danilo Augusto da Silva, um menor, e de sua mãe (sua representante na ação).

O suposto pai contestou a ação alegando ilegitimidade ativa do representante do Ministério Público e ofensa ao direito de intimidade. Esta monografia não entrará no mérito deste debate, já que ele não é objeto deste trabalho.

O Ministro relator, Maurício Correia inicia seu voto (que, segundo o Ministro Marco Aurélio foi um voto “*arrasa quartirão*”¹¹) alegando o direito da família e da paternidade responsável, protegido pelo texto constitucional, e ressalta o dever do Estado de assegurar à criança dignidade, respeito e convivência familiar (o que também está disposto no art 27º do ECA).

Para o Ministro, trata-se de um direito individual indisponível (que por isso torna-se público) e os direitos da filiação e da proteção da infância devem ser tutelados pelo Estado, inclusive por estarem expressamente relacionados aos direitos sociais da Constituição (art. 6º).

Seu argumento todo se constrói em cima da idéia de que o Estado deve dar amparo integral aos menores, pois assim dita a Constituição de nosso país, o que faz com que o direito de intimidade não possa passar por cima disso (apesar de esse também fazer parte do texto constitucional).

Cabe ressaltar aqui que houve, aparentemente, uma ponderação de princípios (o direito à intimidade e a proteção da infância), mas essa não foi seguida de qualquer explicação ou justificativa, o que nos leva a pensar que já

¹¹ Recurso Extraordinário 248.869-1, p. 807

havia a preferência de um em detrimento de outro nas concepções constitucionais do Ministro.

Aliás, isso fica claro quando ele afirma que, em relação à legitimidade do Ministério Público, houve "*mero vício formal do nomem juris dado à condição do Ministério Público no processo*"¹² e, quanto ao cabimento do uso da Defensoria Pública no caso, afirma:

*"O fundamento lançado no acórdão de que a defesa dos pobres deve ser exercida exclusivamente pelas defensorias públicas, conquanto haja olvidado, a capacidade postulatória do Parquet, inspira maiores reflexões, porquanto, malgrado hoje tenha status constitucional, essa extraordinária instituição - Defensoria Pública - não tem sido compreendida pelas autoridades encarregadas de sua implementação. Por esse motivo, a consecução de seus objetivos acha-se em muito desestimulada e em grande parte inviabilizada pela inércia oficial".*¹³

Percebe-se, assim que o Ministro, através de uma racionalidade não jurídica, conclui pela exclusão da atuação desta instituição (que faz parte do aparato jurídico), ou seja, diante de um funcionamento deficitário de uma instituição, a saída oferecida é o abandono de seu uso.

Isso, pois utiliza a deficiência de um serviço para excluir a sua procura, para legitimar o uso de outros instrumentos e instituições não previstas em lei para a determinada finalidade. O que se faz presente aqui é a preocupação em desestimular a procura pela Defensoria Pública, ao invés de estimulá-la e, com isso, tentar estruturá-la e reerguê-la.

Já o voto do Ministro Joaquim Barbosa baseia-se na explicação do aspecto social do caso, segundo ele: "*quero acrescentar o aspecto social ligado*

¹² Recurso Extraordinário 248.869-1, p. 788

¹³ Recurso Extraordinário 248.869-1, p. 789

à questão da monopaternidade no Brasil. É uma questão intimamente ligada à miséria, à pobreza."¹⁴ Ou seja, para o Ministro, não existe no caso a questão da proteção ao direito da criança, menos ainda a do direito à intimidade. O caso resume-se à questão da monopaternidade brasileira que deve ser levada em conta juntamente com a pobreza do país e a dificuldade das mães que criam seus filhos sozinhas com grande dificuldade financeira.

Após diversos diálogos, a decisão majoritária conheceu o recurso e deu-lhe provimento para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem para que o houvesse prosseguimento ao feito.

O último voto foi o do Ministro Carlos Veloso que disse:

*"Há também a questão da Lei nº 8.560/92, frente ao novo Código Civil. Não a examinarei agora, mas o farei posteriormente, quer dizer, não me comprometo com o conflito que parece ocorrer entre esta Lei e as novas disposições do Código Civil a respeito do tema, arts 1596 e seguintes. Com essas observações, acompanho o douto voto de V. Exa., Sr. Presidente."*¹⁵

Nota-se, assim, que o único Ministro a entrar no mérito dos direitos da criança foi o Presidente Maurício Corrêa e, ainda assim, a questão foi posta de forma superficial e formalista, o que quer dizer que se a norma está na Constituição Federal deve ser seguida.

É evidente que essa afirmação é verdadeira, já que as leis são feitas para serem obedecidas. No entanto, o outro direito que se contrapunha ao da criança e da família (o da intimidade), também possui proteção constitucional e foi restringido sem justificativa ou qualquer linha de raciocínio aparente.

¹⁴ Recurso Extraordinário 248.869-1, p. 801

¹⁵ Recurso Extraordinário 248.869-1, p. 815

O resultado prático dessa decisão do STF é benéfico em relação à inclusão da idéia da criança e do adolescente como sujeitos de direito que merecem uma proteção integral e efetiva do Estado; mas, por outro lado, é extremamente problemático no que tange à formação de precedentes, já que uma decisão pobre de fundamentação não pode ser tomada como parâmetro e nem ser usada em momentos posteriores em defesa dos direitos em questão nesse trabalho.

3. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5

Esse recurso diz respeito a um pedido de atendimento em creche e em pré-escola de uma criança no município de Santo André. O Município alega que a manutenção do sistema de ensino não pode ser apenas de sua responsabilidade e que sua parte de atuação deve estar de acordo com a razoabilidade que o orçamento público permite.

Também sustenta que o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado na medida das possibilidades que a realidade fática permite e que o Poder Judiciário, ao interferir nisso, estará fazendo uma indevida ingerência no poder discricionário do Executivo.

O Min. Relator Celso de Mello, para discordar do que foi alegado pelo Município, diz que o Poder Judiciário tem o dever jurídico-social de viabilizar os direitos das crianças e adolescente, ainda mais quando se trata de direito à educação, que é um dos direitos mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direito de segunda geração, cuja obrigação deve ser satisfeita integralmente pelo Estado.

Sustenta que é um direito público subjetivo do particular que não pode ser comprometido pela omissão do Poder Público, omissão, essa, que configura uma inconstitucionalidade. Em seu voto, diz que não é papel do Judiciário a implementação de Políticas Públicas:

“É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois nesse domínio, como

*adverte a doutrina, (...), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.*¹⁶

No entanto, afirma que essa incumbência pode caber excepcionalmente ao Judiciário, quando os órgãos estatais competentes não cumprirem suas funções se, com isso, prejudicarem a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos que a Constituição impõe.

A respeito da reserva do possível, suscitada pelo Município, o Min. reconhece que a efetivação dos direitos em questão depende do recurso financeiro do Estado. Diz, inicialmente que, comprovada a escassez financeira, não se poderá exigir a imediata efetivação do direito. Porém, sustenta que o Poder Público não pode, em hipótese alguma, manipular sua atividade financeira, política e administrativa para frustrar a concretização dos direitos. Diz:

*“a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência do justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais (...)*¹⁷

O Ministro, com suas alegações, não analisa o caso real que está em questão para ser votado. Apenas diz, em seguida desses argumentos, que o município, ou qualquer outro ente federativo, não deve dispor de uma discricionariedade tão ampla que lhe permita optar por efetivar ou não um direito tão importante, que é o ensino fundamental e educação infantil.

Celso de Mello desenvolve uma linha de raciocínio a respeito da aplicação ou não da reserva do possível, mas não a utiliza no caso: não analisa se não existe verdadeiramente recurso financeiro (o que segundo ele, excluiria a

¹⁶ Recurso Extraordinário 410.715-5

¹⁷ Recurso Extraordinário 410.715-5

responsabilidade temporariamente do Município, até que conseguisse se recuperar e dispor dos recursos necessários para a efetivação do direito), se essa argumentação só está sendo usada como manobra para se esquivar das obrigações e porque no presente caso a alegação não foi aceita.

Sua argumentação fica vazia quando defende que o caráter de fundamentalidade que possui a educação infantil autoriza o Poder Judiciário a adotar provimentos jurisdicionais que viabilizem a concretização dos direitos, mediante a utilização de medidas extraordinárias que efetivem o atendimento daqueles. Isto, pois o Min. não explica que medidas são essas, qual o caráter delas e qual sua possibilidade de aplicação.

O Min. diz que a omissão e a "*incapacidade de gerir recursos públicos*",¹⁸ entre outras coisas, não podem representar obstáculos ao adimplemento de um direito que possui prioridade absoluta (da criança e do adolescente). Seu voto é em favor da vaga da criança e é seguido, por unanimidade pelos outros ministros do STF.

Em seu voto, o Ministro sustenta veementemente a importância dos direitos da criança e do adolescente, principalmente o direito à educação, bem como o dever inescusável do Estado de atendê-los.

No entanto, as questões que diziam respeito à aplicabilidade real de tais direitos, de sua efetivação mediante os recursos reais não foi esclarecida ou ao menos analisada. O voto apresenta uma linha teórica, mas esta não está ligada a uma análise, ou ao menos, a uma explicação do caso e de onde este se encaixa dentro da linha traçada.

Outro ponto a ser destacado é o que tange as políticas públicas. No voto, o Min. se esquivava de tal responsabilidade, dizendo que este não é o papel do Judiciário. No entanto, admite exceções e não as define, o que faz com essa

¹⁸ Recurso Extraordinário 410.715-5

abrangência permitida não esteja clara, podendo ser usada para qualquer caso.

Ou seja, intentando restringir, o Min. abriu diversas possibilidades de entendimento e admitiu (o que não é ruim, já que na prática é isso que está acontecendo no caso) estar fazendo ou contribuindo para a implementação de políticas públicas. Foi um jeito do STF de fazer política pública sem assumir essa responsabilidade.

Quanto à utilização dessa ação como precedente, é possível que esta tenha força o suficiente para ser usada como embasamento de futuras decisões e para reafirmar a importância do ECA e dos direitos nele protegidos. É uma decisão que se preocupa com a afirmação da importância deles e os reafirma a todo o momento. No entanto, no que diz respeito ao papel de interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo e da reserva do possível, apesar do voto conter em si as explicações pertinentes ao tema, elas estão afastadas da realidade e do caso concreto, o que prejudica sua perpetuação no rol dos fortes precedentes¹⁹.

¹⁹ Um forte precedente, aqui, é entendido como uma decisão que apresente argumentos claros, fortes e desenvolvidos para demonstrar a solução. Se assim o for, esta poderá servir de referência em futuros casos; poderá ser utilizada pelo Tribunal para justificar ou enriquecer futuras decisões sobre o mesmo tema.

4. Agravos Regimentais nos Recursos Extraordinários 383.107-1; 400.860-2; 401.023-2; 404.210-0; 431.916-1; 450.263-1; 463.210-1 e Agravo Regimental de Instrumento 410.646-6

Todos esses agravos em recursos extraordinários tratam da garantia de vagas em creche para crianças de até 6 anos no Município de Santo André. Há uma Ação Civil Pública (410.646-6) que versa sobre o mesmo tema.

Aqueles acórdãos em que a Relatora é a Ellen Grace são quase idênticos. Mudam um parágrafo ou outro no que diz respeito às alegações do agravante, porém ao final do relatório em todos contém o parágrafo:

“Em síntese, alega o agravante a impossibilidade fática e jurídica de ingerência do Poder Judiciário na discricionariedade municipal, especialmente quanto às decisões administrativas de natureza orçamentária, nos termos do art. 2º da CF/88.”²⁰

Nos votos, em nenhum momento a relatora entra no mérito exposto acima, qual seja, a impossibilidade fática e as dificuldades orçamentárias. Diz que o argumento infraconstitucional é suficiente para que a decisão seja mantida e que este não foi atacado, em nenhum dos casos, mediante recurso extraordinário e por conta disso, o acórdão recorrido tornou-se irreversível.

Todos os precedentes e súmulas citados dizem respeito ao aspecto formal (cabimento de agravo regimental, por exemplo) e os votos são muito parecidos, todos negando o agravo regimental e seguidos de uma decisão unânime.

O Agravo Regimental no recurso extraordinário 401.023-2 tem como Min. Relator Carlos Ayres Britto. O município de Santo André faz as mesmas

²⁰ Ag. Reg no Recurso Extraordinário 383.107-1, 404.2663-1, 450.263-1, p.2

alegações já mencionadas acima, referindo-se, principalmente, à falta de recursos para execução da decisão. O Min., em seu voto, diz que os fundamentos infraconstitucionais são suficientes (dizendo respeito ao ECA) e que as irregularidades apontadas estão ausentes, negando o agravo, ao final.

A Turma foi unânime na decisão e o voto, em nenhum momento abordou a matéria em si, quer ressaltando a importância do ECA, quer mostrando como o Estatuto deve ser aplicado diante das dificuldades apontadas, ou seja, diante da falta de recursos. O acórdão parece estar apenas seguindo a decisão do Tribunal anterior, sem dar qualquer atenção às alegações que fizeram o caso chegar ao STF.

O mesmo acontece com o Agravo no Recurso Extraordinário 431.916-1, que tem como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. No caso, o principal argumento do agravante, exposto no relatório, é o impedimento de imposição ao Poder Executivo da obrigação de dar vaga à criança em creche municipais, o que requer toda uma movimentação administrativa exclusiva da discricionariedade estatal.

No entanto o Min., em seu voto diz apenas "*Não tem razão o agravante*" e cita a ementa do RE 401.023-AgR que diz "*Fundamento infraconstitucional suficiente*", negando assim, o agravo regimental e tendo sua decisão seguida, com unanimidade, por toda a Turma.

O RE 400.860-AgR, cujo relator é o Min. Eros Grau segue a mesma linha, o que quer dizer que não apresenta nenhum fundamento elaborado ou argumentação construída para negar o provimento ao agravo. Em seu voto, apenas são citadas a interpretação da CF e a aplicação da norma infraconstitucional (ECA).

De igual teor é o RE 410.646-AgR, fundado em uma ação civil pública. A única diferença que este apresenta é uma citação do acórdão recorrido que diz

“o ECA reafirmou a obrigação do Poder Público de prestar atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade, como também previu de forma expressa a possibilidade de socorro à autoridade judiciária e como corolário lógico, a possibilidade de intervenção desta em pro dos menores (...)”²¹

O voto, assim, se baseia no fato de que tal fundamento não foi afastado pelo agravante e, por isso, nenhum reparo merece a decisão agravada. A Turma o seguiu por unanimidade e o agravo foi negado.

A impressão que esses acórdãos dão é que o Estatuto da Criança e do Adolescente está servindo apenas como uma forma de argumentação fácil, rápida e suficiente por si só, sem enquadramento na realidade. Isso, pois não existe qualquer preocupação com a adequação ao caso concreto ou com a análise dos argumentos expostos pelo agravante (que é o mesmo em todos eles).

No RE 463.210-AgR, cujo relator é o Ministro Carlos Velloso, as alegações do município de Santo André são as mesmas: indevida ingerência do Judiciário, não responsabilidade do município e sim do Estado e aspectos orçamentários. Porém, seu voto mostra-se mais bem elaborado do que os outros já analisados.

O Ministro cita o RE 402.024/SP²², no qual diz que os municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (como explicita o art. 211, §2º, CF e o art. 54º, ECA).

Para contrariar a indevida ingerência do Judiciário, o Min. cita o parecer do Subprocurador-Geral, Geraldo Brindeiro, que diz que a educação, segundo o

²¹ Ag. Reg no Recurso Extraordinário 410.646-6, p 2111

²² Este RE não está disponível no *site* do STF e não foi encaminhado por e-mail, como o solicitado.

art. 205, caput, CF, é um direito de todos e um dever do Estado. Isso faz com que o não cumprimento de tal direito pela administração pública dê abertura para a sua proteção pelo Poder Judiciário. Segundo o Min. Carlos Velloso, é característica do Estado de Direito sujeitar-se o Estado à jurisdição.

O Min., por fim, faz referencia ao, já analisado, RE 410.646-AgR e nega o provimento ao agravo reportando-se ao precedente e declarando que a decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Aqui também não há qualquer menção às dificuldades financeiras alegadas por Santo André, o que nos leva a pensar que o STF não se preocupa em trazer a adequação legal à realidade, mas sim, coloca a norma como acima e distante de qualquer enquadramento concreto.

5. Decisões monocráticas

Foram quatro as decisões monocráticas encontradas no campo de pesquisa. O RE 401673/SP, o RE 431773/SP, o RE 411518/SP e o RE 402024/SP. As três primeiras decisões tiveram como Relator o Min. Marco Aurélio, enquanto a última teve como Relator, o Min. Carlos Velloso. Todas elas, novamente, são relativas a pedidos de vagas para crianças de 0 a 6 anos em creches e pré-escolas no Município de Santo André.

As três decisões, cujo relator é o Min. Marco Aurélio, são de idêntico teor, com exceção do RE 411518/SP, no qual consta uma breve explicação sobre o percurso do processo, as alegações feitas (que são as mesmas já citadas nos acórdãos anteriores) e a respeito dos embargos de declaração que se seguiram e foram desprovidos.

No entanto, no que tange à decisão, em si, o Min. faz menção à deficiência orçamentária aparentemente alegada:

*“O Estado deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com deficiência de caixa. Eis a enorme carga tributária suportada no Brasil a contrarias essa eterna lengalenga.”*²³

Essa constitui toda a argumentação do Min. para que o Recurso Extraordinário fosse negado, além da citação do art 208, CF e do art. 54, ECA (ambos sobre o dever do Estado à educação).

Esta se mostra uma decisão fraca em termos de utilização como precedente, de demonstração de importância do tema e de preocupação com a questão financeira. Isso por conta da utilização de um único argumento, de

²³

RE 401673/SP

forma superficial e distante da realidade. Ninguém ignora que as leis foram feitas para serem obedecidas, mas, a realidade também não pode ser ignorada. É papel do juiz analisar a situação que lhe é posta juntamente com o aparato legal, e não excluir um ou outro.

No RE 402024/SP, o Min. Carlos Velloso analisa um acórdão recorrido em ação civil pública. Em seu voto, cita os argumentos apresentados pelo reclamante que são a dificuldade financeira, a falta de capacidade real nas creches e o fato de a oportunidade e a conveniência dos atos administrativos não poderem ser avaliados pelo Poder Judiciário.

O Ministro sustenta que o Judiciário cumpre seu papel no caso por assegurar um direito fundamental (à educação) que não está sendo observado. Também diz que o argumento infraconstitucional (a utilização do ECA) é suficiente para a resolução do caso, e cita o AI 410.646-AgR/SP (já analisado a cima) como precedente.

Tal decisão reforça a percepção da utilização do ECA como um instrumento prático e fácil para embasar decisões, sem qualquer preocupação com a realidade. Esta análise se fortifica com o fato de que o argumento da falta de recursos financeiros, utilizado pelo município, não foi sequer considerado pelo Ministro (e este é um argumento forte no que tange à adaptação do Direito à realidade). Não houve qualquer ponderação de princípios ou de valores.

Conclusão

Após a leitura de todos os acórdãos pesquisados, pode-se perceber que a grande maioria deles diz respeito ao direito à educação infantil. Esse é o tema de maior frequência no STF no que diz respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A indagação inicial sobre a existência ou não de uma linha de raciocínio no STF não pôde ser verificada, uma vez que todos os pedidos em favor da criança foram concedidos, mesmo que com uma fundamentação dos acórdãos um tanto quanto vazia e não esclarecedora.

Todos os votos dos Ministros Relatores foram acompanhados por unanimidade, com exceção do ocorrido no acórdão do RE 196.434-1, que apresentou divergências de fundamentação no que tange aos direitos de adoção, e da existência de diferenciação entre adultos, crianças e adolescentes, discussão essa que já foi ultrapassada pela mudança do Código Civil.

Os votos encontrados ao longo deste trabalho se mostram superficiais e despreocupados, uma vez que as questões concretas foram quase que ignoradas. Foi perceptível a falta de preocupação com uma análise conjunta, que estabelecesse um diálogo entre a lei e o caso, ou seja, entre o direito e a realidade posta.

É evidente o desinteresse do STF com uma consolidação de precedentes, já que em nenhuma decisão houve uma argumentação clara, coesa e cuidadosa que pudesse ser invocada em futuros casos e que fosse levada em conta por ter força suficiente para isso.

Os direitos da criança e do adolescente são, inegavelmente, importantíssimos. Porém, há outras questões de igual valor que deveriam ter sido analisadas pelos Ministros e não o foram. Um exemplo é a questão da dificuldade financeira na realização de tais direitos. Esta foi uma alegação de quase todos os impetrantes e que foi deixada de lado.

As duas únicas referências ao tema, foram, uma no RE 410.715-5 e uma nas decisões monocráticas (que são todas quase idênticas). No primeiro caso, houve uma ponderação teórica inicial a respeito da aplicação ou não da reserva do possível, mas que não foi desenvolvida até alcançar o caso em questão. Esta foi apenas uma exposição teórica que se manteve longe da aplicação prática e de qualquer análise mais aprofundada.

No segundo caso, as decisões apenas declararam que a falta de orçamento não poderia ser utilizada para permitir o não cumprimento de um direito e que este é apenas um argumento para tentar se eximir de responsabilidade, manobra esta, inadmissível.

É evidente que o governo não pode fazer uso de manobras para se escusar de suas responsabilidades. No entanto, a dificuldade financeira, a falta de recursos é uma realidade que presenciamos em nosso país nos dias de hoje e que não deve ser simplesmente ignorada. Os Ministros do mais alto tribunal do Poder Judiciário deveriam, no mínimo, apresentar uma exposição de argumentos que levassem em conta esses dois lados e explicassem porque um deve prevalecer sobre o outro. Não deveriam apenas ignorar um dos lados, como ocorreu.

Outro ponto discutido foi o da aplicação de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Uma saída encontrada pelos Ministros foi a explicação de que este é um papel que não cabe ao STF mas que, excepcionalmente, deve ser exercido por ele. Esta exceção se encaixaria, segundo o exposto no RE 410.715-5, quando os ditames do direito não estivessem sendo cumpridos.

Essa foi uma saída encontrada pelo STF para justificar sua interferência na administração dos Municípios, por exemplo (como ocorreu em todos os casos que abordavam vagas em creches e pré-escolas). É evidente a interferência por parte do Judiciário na implementação de Políticas Públicas em momentos como estes, mas esta não é a sua função primordial. Assim, admitindo exceções em casos de necessidade, o STF se justifica e estabelece parâmetros de atuação.

Ao final de toda a análise, a impressão que o STF deixou foi a de que o Estatuto da Criança e do Adolescente foi utilizado quase que como um escudo, visto que bastaram declarações como “fundamento infraconstitucional suficiente” para que uma decisão inteira fosse fundamentada. O ECA foi utilizado como um meio rápido de justificar decisões que, aos olhos dos Ministros, não necessitavam uma explicação aprofundada e construída com desenvoltura.

Não foi possível perceber uma grande preocupação com a afirmação dos direitos em questão, ou de uma demonstração crescente de sua importância. O que se mostrou, foi um tratamento sem uma especial atenção, livre de uma preocupação profunda com uma inclusão dos novos sujeitos de Direito (a criança e o adolescente). O ECA, assim, foi usado para embasar decisões superficiais e despreocupadas.

Em suma: a incidência de casos que abrangem os direitos fundamentais da criança e do adolescente ainda é muito pequena no STF e o tema é tratado de forma superficial e vazia. É importante que o Judiciário não perca de vista a sua importância e seu poder de influência na sociedade. Este não pode perder de vista o papel que possui e deve, cada vez mais, trabalhar para que este papel seja cumprido da forma mais adequada, mais justa e mais benéfica para a sociedade.

Bibliografia

www.stf.gov.br

www.ibge.org.br

Flávia Piovesan. Palestra: *Consulta Nacional sobre Violência da Criança e do Adolescente*;

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juízes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*. São Paulo: IBCCrim, 2004 (pg. 83-103);

Recurso Extraordinário 196.434-1;

Recurso Extraordinário 248.869-1;

Recurso Extraordinário 401673/SP;

Recurso Extraordinário 431773/SP;

Recurso Extraordinário 411518/SP;

Recurso Extraordinário 402024/SP;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 383.107-1;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 400.860-2;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 401.023-2;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 404.210-0;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 431.916-1;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 450.263-1;

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 463.210-1;

Agravo Regimental de Instrumento 410.646-6.