

## OBSERVAÇÕES ACERCA DA DECISÃO SOBRE PRIORIDADE ABSOLUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA CORTE SUPREMA BRASILEIRA

*Vitor Silva Alencar<sup>1</sup>*

### RESUMO

Ao longo da história pouca importância foi dada ao universo de crianças e adolescentes, sendo que predominaram em várias sociedades visões da infância e da adolescência com forte caráter caritativo e repressor. O presente artigo tem por objetivo tecer reflexões históricas sobre o processo de reconhecimento dos direitos humanos infante-juvenis no Brasil, com enfoque na decisão sobre prioridade absoluta de crianças e adolescentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, interessa discutir o papel que um posicionamento da Suprema Corte cumpre no processo histórico de reconhecimento e garantia de direitos dessa parcela da população. Entende-se desejável que o Supremo Tribunal Federal reafirme os direitos previstos no texto constitucional e o dever do Poder Executivo de protegê-los, inclusive com o mandamento de realização de políticas públicas. Tais decisões possuem papel estratégico na construção da democracia brasileira e na garantia de direitos fundamentais, principalmente de crianças e adolescentes, a quem se atribuiu a condição de prioridade absoluta.

**Palavras-chave:** Crianças e Adolescentes. Prioridade Absoluta. Suprema Corte.

### ABSTRACT

Throughout history little attention has been given to the world of children and adolescents. In many societies, the vision of childhood and adolescence with strong charitable and repressor character was predominant. This article aims to make some historical reflections on the process of recognition of human rights of children and adolescents in Brazil, focusing on the decision of priority of children and adolescents in the Supreme Court. Thus, this study is interested in discuss the importance of this Supreme Court position and the consequences that it makes in the historical process of recognition and guarantee of the rights of this population. It is understood to be desirable that the Supreme Court reaffirms the rights provided in the Constitution and the duty of the Government to protect them, including the commandment to conduct public politics. Such decisions have a strategic role in the construction of Brazilian democracy and ensuring fundamental rights, especially children and adolescents rights, who were assigned the condition of absolute priority.

**Keywords:** Children and Adolescents. Absolute Priority. Supreme Court.

<sup>1</sup> Advogado e Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Membro da coordenação do Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do Distrito Federal.

## 1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo tecer reflexões históricas sobre o processo de reconhecimento dos direitos humanos infanto-juvenis no Brasil, com enfoque na decisão sobre prioridade absoluta de crianças e adolescentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, interessa discutir o papel que um posicionamento da Suprema Corte cumpre no processo histórico de reconhecimento e garantia de direitos dessa parcela da população.

Para tanto, parte-se do pressuposto de que ao longo da história pouca importância foi dada ao universo de crianças e adolescentes. Tratado com indiferença ou como adultos em miniatura da antiguidade até a modernidade, o segmento infanto-juvenil só começa a ser reconhecido como sujeito de direitos na última parte do século XX, no contexto de construção dos sistemas de promoção e proteção dos direitos humanos.

Predominaram em várias sociedades visões da infância e da adolescência com forte caráter caritativo e repressor. Ora crianças e adolescentes são tratados como objeto de tutela, ora são objeto de imposição de processos correicionais. A sociedade perigosa demais para crianças e adolescentes ou crianças e adolescentes perigosas demais para a sociedade.

O Brasil também reproduz fortemente esse modelo, passando a reconhecer de fato alguma relevância social a crianças e adolescentes apenas no século passado, fazendo uso de aparato normativo institucional de caráter minorista. Somente com o processo de democratização que sucedeu o regime ditatorial (1964-1985) é que se tem início à mudança no tratamento de meninos e meninas, fundamentalmente a partir da Constituição Federal de 1988, da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990).

O Estado brasileiro passa a reconhecer de maneira explícita a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, se compromete internamente e na seara internacional com os direitos humanos infanto-juvenis e alça esse segmento da população à condição de prioridade absoluta (art. 227, CF/88 e art. 4º do ECA).

Somente duas décadas depois é que a Corte Suprema brasileira, no exercício de sua jurisdição constitucional, finalmente lançou mão explicitamente do princípio da

prioridade absoluta para defender direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Mesmo se tratando de decisão tomada monocraticamente pelo seu presidente, o Supremo Tribunal Federal proferiu posicionamento histórico na suspensão liminar 235-0 de 2008.

## 2. Precedentes históricos da infância no Brasil

Não são raros os exemplos de como crianças e adolescentes foram tratadas ao longo da história em diversas partes do mundo. Na Grécia antiga crianças espartanas de sete anos de idade eram alistadas para o serviço militar, quadros renascentistas reproduziam imagens de crianças vestidas como adultas, crianças e adolescentes que chegavam a trabalhar quatorze ou dezesseis horas diárias durante a revolução industrial, a participação de crianças e adolescentes palestinas no conflito com Israel. Em todos esses exemplos fica claro como crianças e adolescentes foram obrigadas a assumir papéis de adultos, sem reconhecimento e consideração da sua condição de ser humano em etapa especial e diferenciada da vida.

No Brasil o reconhecimento social da infância só se opera a partir do século XIX<sup>2</sup>, quando emerge a necessidade de atribuir tratamento diferenciado ao segmento de meninos e meninas. Ao longo de todo esse tempo foram emergindo e sendo institucionalizadas diferentes representações sociais da criança e do adolescente: objeto de proteção social, objeto de controle e disciplinamento social, objeto de repressão social, sujeito de direitos<sup>3</sup>.

A primeira representação diz respeito fundamentalmente à criança pequena, abandonada, e se configura a partir da ação de grupos religiosos que correspondem a iniciativas voltadas para a saúde e nutrição. Forjada em valores de caridade e compaixão, esse olhar para a infância se materializava simbolicamente nas chamadas “Rodas dos Expostos”, onde crianças abandonadas por pobreza ou por decorrer de relações “ilegítimas” eram entregues a casas de misericórdia.

<sup>2</sup> BRITO, Eleonora Zicari Costa de. *Direitos menores? Mulheres, crianças e jovens*. In: \_\_\_\_\_. Ser Social: revista do programa de Pós-graduação em Política Social / Universidade de Brasília. Departamento de Serviço Social – n° 8, 1° semestre 2001.

<sup>3</sup> PINHEIRO, Ângela. *Criança e Adolescente no Brasil: Porque o Abismo entre a Lei e a Realidade*. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

A Proclamação da República (1889) e o início do século XX marcaram mudanças importantes no Brasil. Com o crescimento da presença do Estado na vida social e a forte presença de ideias higienistas, a criança e o adolescente passa a ser objeto de controle e disciplinamento social. Iniciativas de prevenção à prática infracional e a preparação para o mundo do trabalho constituem o núcleo central dessa representação social da infância brasileira.

A terceira representação social da infância brasileira se estabelece a partir dos processos de urbanização e industrialização. A presença de crianças e adolescentes nas ruas, não alcançados pelo sistema escolar e pelo mercado de trabalho, desperta uma resposta estatal repressora. Consolidando as ideologias predominantes, institui-se no Brasil o Código de Menores de 1927 (decreto 17943 – A), conhecido como “Código de Mello Mattos”.

O artigo 1º da normativa dizia que “o menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”. Dirigida a crianças e adolescentes pobres e/ou envolvidas com delitos, a norma demonstrava todo o seu conteúdo correicional.

No primeiro governo do presidente Getúlio Vargas (1930-1945) é criado o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), instância governamental de implementação das políticas voltadas para a infância objeto de repressão social. Sob críticas, se aprofundam os debates pela reformulação do modelo, interrompidos pelo golpe de 1964 e pela criação da Política Nacional do Bem Estar do Menor, com a instituição da Fundação Nacional do Bem Estar do Menor - FUNABEM e das Fundações Estaduais do Bem Estar do Menor – FEBEM's (Lei 4513/64)<sup>4</sup>.

O aparato normativo institucional da terceira representação social da infância citada somente se completou com o Código de Menores de 1979 (Lei 6697/79), consagrando o que ficou conhecido como “Doutrina da Situação Irregular”. Personificada na

<sup>4</sup> Sobre esse período Rizzini afirma que nos anos 60, com a instituição de uma política de segurança nacional, instaurada pelos militares a partir do golpe de 64, interromperá o caminho dos debates. O projeto elaborado por uma Comissão formada pelo Ministro da Justiça, João Mangabeira (1963), terá parte de suas propostas incluídas na Lei 4513, de 1/12/64, que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. As propostas mantidas eram: extinção do SAM e criação de uma Fundação Nacional, subordinada à Presidência da República, com autonomia administrativa e financeira, com a finalidade de ‘orientar, estabelecer e executar a política nacional de assistência a menores.

figura do Juiz de Menores, o espírito da lei estava explícito logo em seus dois primeiros artigos<sup>5</sup>.

O contexto de luta por direitos e liberdades a partir da década de 1970, tanto em âmbito internacional (direitos humanos) como internamente (liberdade e democracia), faz emergir a representação social da criança e do adolescente sujeito de direitos. Finalmente ganham força ideias que reconhecem na população infanto-juvenil pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, que devem ter seus direitos fundamentais garantidos independente da sua origem ou condição (“Doutrina da Proteção Integral”).

Destaca-se a criação da Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e a atuação do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua durante o processo constituinte, que culminou com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, alterado recentemente pela Emenda Constitucional n° 65 para incluir os jovens (É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.).

Essa nova visão da infância e da adolescência consolida-se no plano internacional com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, até hoje o documento das Nações Unidas mais ratificado pelo conjunto de nações (salvo Estados Unidos e So-

<sup>5</sup> Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

I - até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;

II - entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

mália), que se estrutura a partir de quatro eixos fundamentais (interesse superior; não discriminação; direito de participação; direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento) e cria Comitê para monitoramento da implementação dessa normativa nos diversos Estados do mundo.

No âmbito interno, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) consolida a normativa de promoção e proteção dos direitos humanos infanto-juvenis e estabelece Sistema de Garantia de Direitos, que se divide nos eixos de promoção, defesa e controle (Resolução 113/2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA).

O ECA cria o Conselho Tutelar (órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente - art.131), os Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente (órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas – art. 88, II) e os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (art.88, IV).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente promoveram a criança e o adolescente à condição de *prioridade absoluta*, compreendendo essa garantia de prioridade primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, além de destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, Lei 8069/90).

### **3. A decisão sobre Prioridade Absoluta de Crianças e Adolescentes no Supremo Tribunal Federal**

No ano de 2008, passados 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e 18 anos da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), finalmente o Supremo Tribunal Federal evocou explicitamente a prioridade absoluta garantida por essas normas para defender direitos fundamentais do público infante adolescente.

Em que pese ter sido tomada em sede de suspensão liminar, em decisão proferida monocraticamente pelo então presidente da Corte, o posicionamento se reveste de caráter histórico, visto que o Supremo Tribunal Federal é a mais importante instância do Poder Judiciário brasileiro, competindo-lhe precipuamente a guarda da Constituição (art. 102, CF/88).

No presente caso, o Estado de Tocantins solicita a suspensão de liminar concedida em sede de ação civil pública proposta junto ao Juizado da Infância e da Juventude de Araguaína/TO e mantida perante o Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. O Juiz da Infância e da Juventude, em defesa dos direitos fundamentais de adolescentes envolvidos com a prática de infrações no citado município e reconhecendo a plena eficácia do art. 227 da CF/88, concedeu liminar para que seja construída unidade especializada para cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade<sup>6</sup>.

Em iniciativa que se tornou recorrente por todo o país, o Ministério Público promoveu ação civil pública para pleitear prestação positiva do governante com o intuito de garantir direitos fundamentais estabelecidos na legislação, no presente caso assegurados também pela Constituição Federal.

Os fatos descritos pela instituição ministerial, infelizmente tão comuns em diversas partes do país, relatam violações dos direitos humanos dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas no município de Araguaína, em função de omissão dos gestores públicos do Estado de Tocantins em construir estabelecimentos adequados para cumprimento de internação e semiliberdade.

Discutindo a possibilidade do Poder Judiciário determinar a construção das referidas instituições especializadas para adolescentes, o Estado de Tocantins não se preocupou em contestar as alegações de violação dos direitos: a) à convivência familiar e comunitária (art. 227, CF/88 e art. 4º, ECA), b) ao cumprimento de medida de internação

<sup>6</sup> “[...] Concedo a liminar e determino ao Estado de Tocantins que implante na cidade de Araguaína/TO, no prazo de 12 meses, unidade especializada para cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes infratores, a fim de propiciar o atendimento do disposto nos artigos 94, 120, §2º e 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Determino ainda que o requerido se abstenha de manter adolescentes apreendidos, após o decurso do prazo de doze meses, em outra unidade que não a acima referida. Fixo multa diária no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), a ser paga pelo requerido, em caso de descumprimento ou de atraso no cumprimento da presente decisão, a qual deverá ser revertida em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos termos dos artigos 213 e 214 da lei nº 8.069/90.”

em estabelecimento exclusivo para adolescentes (arts. 123 e 185, ECA), c) a permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável (art. 124, VI, ECA), d) de existência de casa de semiliberdade como alternativa à internação ou como instância de transição para o meio aberto (art. 120, ECA).

Por sua vez, as alegações do Estado de Tocantins se basearam nos argumentos de grave lesão à ordem e economia públicas, efeito multiplicador da decisão, ato de interferência do Poder Judiciário no âmbito de atuação do Poder Executivo, exiguidade de prazo para efetivação das medidas, ofensa ao princípio da reserva do possível, vedação legal e constitucional expressas de ordenação de despesas sem autorização legal e que a liminar esgotou o objeto da ação.

Sobre a decisão tomada, o ministro presidente partiu do reconhecimento de que se tratava de demanda de índole constitucional. Superada essa etapa, ressaltou a suposta oposição entre os princípios da separação de poderes e a proteção aos direitos de crianças e adolescentes, a quem a Constituição Federal atribuiu prioridade absoluta, inclusive em relação aos adolescentes envolvidos com a prática de infrações.

Ressaltando que o legislador constituinte atribuiu alta significação de proteção aos direitos de crianças e adolescentes ao estabelecer prioridade absoluta para sua concretização, a decisão reconhece a necessidade de criação de pressupostos fáticos para o exercício desses direitos. No caso em análise, a construção de unidade de internação e casa de semiliberdade para respeito aos direitos dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

Para o magistrado, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente<sup>7</sup>. Ou seja, para realização dos direitos fundamentais dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade faz-se necessário providências estatais positivas para sua efetivação.

A alegação de grave lesão à ordem e economia públicas é rechaçada em virtude de não haver justificativa para a inércia do Poder Executivo, em flagrante descumprimento

<sup>7</sup> STF, Suspensão de Liminar nº 235-0/TO. Relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça no dia 04 de agosto de 2008.

mento à garantia de prioridade absoluta, que se configura pela preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, c e d, ECA).

A decisão também destaca a possibilidade jurídica de determinação judicial para o Poder Executivo concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, visto que no caso em análise se trata de proteção insuficiente aos direitos dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa. No mesmo sentido, defende que o Poder Judiciário não estaria criando política pública, mas determinando o cumprimento de política pública constitucionalmente e legalmente definida, inclusive no que diz respeito à maneira concreta de implementá-la.

Mais uma vez mantida a determinação de implantação de programa de internação e semiliberdade na comarca de Araguaína/TO no prazo de doze meses e da proibição de manutenção de adolescentes em estabelecimento que não seja especializado, a decisão nega todavia a possibilidade de fixação de multa por não construção, por se tratar de decisão liminar.

A decisão do Supremo Tribunal Federal evocando o princípio da prioridade absoluta de crianças e adolescentes configura-se como importante momento no processo histórico brasileiro de reconhecimento e garantia dos direitos humanos infanto-juvenis<sup>8</sup>. Em que pese a limitação do Poder Judiciário em promover a implementação do conteúdo de seus posicionamentos, a decisão citada traz consigo elementos fundamentais que merecem ser comentados.

Inicialmente destaca-se o papel do Poder Judiciário, principalmente da Suprema Corte, na defesa de direitos constitucionalmente estabelecidos, inclusive em afronta a ações ou omissões do Poder Executivo. No regime constitucional os poderes do Estado atuam de maneira limitada e em complementação, influenciados e sob as tensões das disputas políticas travadas no seio da sociedade<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Sobre a contribuição das Cortes Constitucionais nos processos de conquista de direitos por segmentos historicamente violados, Rostow (1952) fala do exemplo da população negra nos EUA: El negro no goza todavía de igualdad en la sociedad norteamericana, ni siquiera de algo que se le aproxime. Pero su posición está siendo mejorada, año tras año. Y las decisiones y opiniones del Tribunal Supremo están ayudando inconmensurablemente en ese proceso.

<sup>9</sup> Mais uma vez Rostow (1952): El gobierno y la política son, después de todo, el instrumento, no el fin de la vida social. El propósito de la Constitución es garantizar al pueblo una sociedad libre y

Nesse sentido, entende-se desejável que a Corte Suprema brasileira reafirme direitos previstos no texto constitucional e o dever do Poder Executivo de protegê-los<sup>10</sup>, inclusive com o mandamento de realização de políticas públicas<sup>11</sup> (a forma de realizar continua sob a responsabilidade do gestor). Com todos os limites do modelo institucional que o Brasil possui para vincular o cumprimento de decisões entre os Poderes da República, acredita-se que a mais importante instância do Poder Judiciário deve firmar posição em defesa dos mandamentos constitucionais, como contribuição ao processo histórico de realização de direitos e garantias. Faz-se, portanto, uma clara opção por um

---

democrática. El objetivo final de esa sociedad es tanta libertad como sea posible para el ser humano individual. La Constitución provee a la sociedad con un mecanismo de gobierno totalmente adecuado para esa tarea, pero de ningún modo ilimitado en sus poderes. El poder de gobernar está repartido entre los estados y la Unión y está además dividido entre las tres principales ramas de todos los entes del Estado. Tanto por costumbre como por práctica constitucional, muchos aspectos fundamentales de la vida comunitaria están más allá del alcance directo del Estado —por ejemplo, la religión, la prensa, y, hasta recientemente en todo caso, muchas etapas de la actividad educativa y cultural. La separación de poderes bajo la Constitución responde al propósito de asentar la democracia en la sociedad por medio de la limitación de los papeles de las diversas ramas del Gobierno y de la protección de los ciudadanos, y de las diversas partes del Estado mismo, contra las invasiones de cualquier origen. La idea básica de la Constitución es que el hombre puede ser libre porque el Estado no lo es.

<sup>10</sup> Nas palavras de Streck (2008): Tem razão Alessandro Baratta quando esclarece que, no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma *política integral de proteção dos direitos*. Tal definição permite que se afirme que o dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa) como limite do sistema punitivo, mas, também, no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado.

Isso decorre, obviamente, da evolução do Estado e do papel assumido pelo direito nessa nova forma de Estado, sob a direção de um constitucionalismo compromissório e social. É por isto que não se pode mais falar tão-somente de uma função de proteção negativa do Estado. Parece evidente que não, e o socorro vem de Baratta, que chama a atenção para a relevante circunstância de que esse novo modelo de Estado deverá dar *a resposta para as necessidades de segurança de todos os direitos, também dos prestacionais por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais) e não somente daquela parte de direitos denominados de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas*.

<sup>11</sup> Mendes (1999) ensina: Como ressaltado, a visão dos direitos fundamentais enquanto *direitos de defesa (Abwehrrecht)* revela-se insuficiente para assegurar a pretensão de eficácia que dimana do texto constitucional. Tal como observado por Krebs, não se cuida apenas de *ter liberdade em relação ao Estado (Freiheit vom...)*, mas de *desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (Freiheit durch...)*.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controversia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Não subsiste dúvida, tal como enfatizado, de que a garantia da liberdade do exercício profissional ou da inviolabilidade do domicílio não assegura pretensão ao trabalho ou à moradia. Tais pretensões exi-

modelo ativista de Corte Constitucional, tendo como inspiração o acúmulo e a experiência norte-americana.<sup>12</sup>

Sobre a decisão propriamente, ressalta-se a importância da consolidação de discurso que fortalece a representação social da criança e do adolescente sujeito de direitos. Na medida em que afirma os direitos infanto-juvenis com fundamento em normativas garantidoras de direitos humanos, contribui para a construção de uma cultura de direitos para meninos e meninas, principalmente quando afirmados por instância tão importante da estrutura estatal brasileira.

Outra questão fundamental diz respeito aos efeitos que uma decisão da Corte Suprema produz para a estrutura judicial. No modelo em que se organizam as instâncias do Poder Judiciário brasileiro, uma decisão do Supremo Tribunal Federal influencia fortemente nas decisões que serão proferidas por magistrados de todas as partes do país. A decisão não só gerou um precedente importante, como trouxe argumentos que podem ser replicados e aprofundados.

Importante frisar também o recado que uma decisão dessa natureza manda aos operadores do Sistema de Justiça, mas principalmente aos legisladores e gestores públicos, responsáveis pelo financiamento e execução das políticas públicas. A partir da decisão em análise, estarão ainda mais pressionados a priorizarem políticas sociais voltadas para meninos e meninas, com a necessária destinação privilegiada de recursos públicos.

Registra-se, ainda, que para os atores sociais que promovem ações de incidência política, mobilização social e controle das políticas públicas e do orçamento, esse

---

gem não só ação legislativa, como, não raras vezes, medidas administrativas.

Se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover tais demandas, cabe indagar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser *juridicizadas*, isto é, se, e em que medida, tais ações se deixam vincular juridicamente.

Outra peculiaridade dessas pretensões a prestações de índole positiva é a de que elas estão voltadas mais para a conformação do futuro do que para a preservação do *status quo*. Tal como observado por Krebs, pretensões à conformação do futuro (*Zukunftsgestaltung*) impõem decisões que estão submetidas a elevados riscos: o direito ao trabalho (CF, art. 6<sup>o</sup>) exige uma política estatal adequada de criação de empregos. Da mesma forma, o direito à educação (CF, art. 205 c/c art. 6<sup>o</sup>), o direito à assistência social (CF, art. 203 c/c art. 6<sup>o</sup>) e à previdência social (CF, art. 201 c/c art. 6<sup>o</sup>) dependem da satisfação de uma série de pressupostos de índole econômica, política e jurídica.

A submissão dessas posições a regras jurídicas opera um *fenômeno de transmutação*, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. Tem-se, pois, a *juridicização* do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política.

<sup>12</sup> Blasi (1986) ressalta essa tradição: A divisão entre aqueles que argumentam que o ativismo judicial deve ser um aspecto regular da democracia constitucional norte-americana e aqueles que o acham um tanto inquietante tem estado no centro do discurso constitucional, pelo menos nos últimos 50 anos.

tipo de decisão judicial configura-se como instrumento importante no processo de luta por direitos de crianças e adolescentes. Decisões judiciais favoráveis, que afirmam os direitos humanos infanto-juvenis, somam-se a outras ações institucionais e no seio da sociedade de construção de uma nova cultura de promoção da cidadania de meninos e meninas espalhados por todo o Brasil.

#### 4. Conclusões

A representação social da criança e adolescente como sujeito de direitos rompe com histórico milenar de desconsideração, tutela e opressão. A realização dos direitos humanos do segmento infanto-juvenil no Brasil, todavia, depende da construção de uma cultura de afirmação de sua dignidade, tendo como mecanismo fundamental a destinação privilegiada de recursos públicos e prioridade na formulação de políticas para esse público.

Para tanto, decisões judiciais como a proferida na suspensão liminar 235-0 de 2008 do Supremo Tribunal Federal cumprem papel estratégico, na medida em que contribuem com a construção de discurso afirmador de direitos, influenciam os atores que constituem o Sistema de Justiça, fazem pressão nos gestores públicos e legisladores, além de se configurarem como incentivo importante para atores sociais que promovem ações de incidência política, mobilização social e controle das políticas públicas e do orçamento.

O processo histórico de reconhecimento e garantia dos direitos de qualquer segmento historicamente violado, inclusive de crianças e adolescentes, depende da conjunção de muitos fatores. Ficam cada dia mais claros os limites e incompletudes das instituições para resolver problemas históricos, inclusive em relação ao Poder Judiciário e sua Corte Constitucional, a quem muitas vezes se atribui responsabilidades e expectativas excessivas.

Mesmo sendo verdade que instâncias judiciais, como o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes não são capazes de garantir direitos violados nem ver suas posições implementadas, a tomada de decisões como a que foi vista nesse artigo cumpre papel fundamental na garantia dos direitos humanos. Somadas a ações de incidência política e

mobilização social, tais decisões possuem papel estratégico na construção da democracia brasileira e na garantia de direitos fundamentais, principalmente de crianças e adolescentes, a quem se atribuiu a condição de prioridade absoluta.

## 5. Referências

BRITO, Eleonora Zicari Costa de. *Direitos menores? Mulheres, crianças e jovens*. In: \_\_\_\_\_ . Ser Social: revista do programa de Pós-graduação em Política Social / Universidade de Brasília. Departamento de Serviço Social – n° 8, 1° semestre 2001.

BLASI, Vincent. *A Corte Suprema, instrumento de mudança*. Revista de Direito Público n° 79, Jul-Set, 1986.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 20 jun. 2011.

BRASIL, Lei Federal n°. 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)> Acesso em 20 jun. 2011.

*Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: ANCED, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm)> Acesso em 20 jul. 2011.

PINHEIRO, Ângela. *Criança e Adolescente no Brasil: Porque o Abismo entre a Lei e a Realidade*. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

RIZZINI, Irene. *A criança e a lei no Brasil revisitando a história (1822 – 2000)*. Rio de Janeiro: Unicef – CESPI/USU, 2000.

ROSTOW, Eugene. *El caracter democratico del control judicial de la constitucionalidad*. Harvard Law Review, vol. 66, núm. 2, diciembre de 1952, pp. 193-224.

SEGADO, Francisco Fernández. *Los Inicios del Control de la Constitucionalidad em Iberoamérica: del Control Político al Control Jurisdiccional*. Direito Público n° 12, Abr-Jun, 2006.

STF, Suspensão de Liminar nº 235-0/TO. Relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça no dia 04 de agosto de 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11493>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

*Artigo recebido em 12 de agosto de 2011.*

*Artigo aceito para publicação em 16 de setembro de 2011.*

