

2 0 2 2

FGV Direito SP
& Instituto Alana

Eloísa Machado de Almeida
Ana Laura Pereira Barbosa
Luíza Pavan Ferraro

A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS

ALANA

Presidente

Ana Lucia de Mattos Barretto Villela

Vice-Presidentes

Alfredo Egidio Arruda Villela Filho

Marcos Nisti

CEO

Marcos Nisti

Diretoras-Executivas

Flavia Doria

Isabella Henriques

**Diretora-Executiva
de Operações**

Marisa Ohashi

Tesoureiro

Daniel Costa

Diretor Administrativo-Financeiro

Carlos Vieira Júnior

**Diretora de Estratégia
de Comunicação**

Fernanda Flandoli

**Diretora de Articulação
e Expansão**

Mariana Mecchi

**Diretor de Políticas
e Direitos das Crianças**

Pedro Hartung

**Diretora de Educação
e Cultura da Infância**

Raquel Franzim

**Diretora de Pessoas
e Cultura**

Renata Lirio



**A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS
DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
NAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS**

Realização

FGV Direito SP
Centro de Pesquisa Supremo em Pauta

Apoio

Instituto Alana

Coordenação da pesquisa

Eloísa Machado de Almeida

Equipe

Ana Laura Pereira Barbosa
Luíza Pavan Ferraro

Coordenação editorial

Fernanda Peixoto Miranda
Renata Assumpção

Revisão de textos

Patrícia Calazans

Revisão técnica

Ana Claudia Cifali
Letícia Carvalho
Mayara Silva de Souza
Pedro Mendes da Silva
Thaís Dantas

Projeto gráfico

Bode

Diagramação

Marianne Meni

Direção de arte

Helaine Gonçalves

**É COM GRANDE ALEGRIA QUE TRAZEMOS
A PÚBLICO A IMPORTANTE PESQUISA
“A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS DIREITOS
DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NAS
CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS”,
FINANCIADA PELO INSTITUTO ALANA E
REALIZADA PELO BRILHANTE TRABALHO
DA PROFESSORA ELOÍSA MACHADO DE
ALMEIDA E DAS PESQUISADORAS ANA
LAURA PEREIRA BARBOSA E LUÍZA PAVAN
FERRARO, TODAS DO CENTRO DE PESQUISA
SUPREMO EM PAUTA, DA FGV DIREITO SP.**

Sua importância deve-se não só pela extensa revisão e profunda compreensão das decisões sobre crianças e adolescentes e a prioridade absoluta de seus direitos e melhor interesse no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal nos 30 anos de vigência do artigo 227 da Constituição Federal de 1988; deve-se igualmente pelo apontar de “caminhos e atalhos” para que organizações

da sociedade civil, como o próprio Alana, e grandes litigantes institucionais, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, possam qualificar sua atuação no âmbito do espaço do sistema de justiça, adensando a proteção dos direitos de crianças e adolescentes no sentido da

prioridade absoluta que lhes foi conferida pela Constituição e pelo artigo 4o do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em um momento histórico brasileiro no qual o espaço institucional das cortes superiores consagram-se como locus fundamental da defesa da democracia e dos direitos fundamentais, inclusive os de crianças e adolescentes, ter uma pesquisa-mapa como esta em nossas mãos é essencial, pois permite o reconhecimento do passado para a transformação do futuro já no presente das atuais ações no Supremo e no Tribunal da Cidadania.

Não há mais tempo a perder para que este verdadeiro projeto de sociedade e de país expresso no artigo 227 da Constituição seja efetivado e validado também nas cortes de todo o país. Garantir absoluta prioridade às crianças e adolescentes, seus direitos e melhor interesse em todas as decisões do sistema de justiça é a força motriz capaz de mudar a realidade de todos nós, pois sabemos que cuidar da criança é cuidar da humanidade inteira.

Boa leitura!

Isabella Henriques
Diretora Executiva do Instituto Alana

Pedro Hartung
Diretor de Políticas e Direitos da
Criança do Instituto Alana

Introdução

P. 11

**PERFIL DA ATIVIDADE
NOS TRIBUNAIS**

P. 9

**A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS
DAS CRIANÇAS E DOS
ADOLESCENTES NO STF**

P. 15

**A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS
DAS CRIANÇAS E DOS
ADOLESCENTES NO STJ**

P. 29

Conclusão

P. 46

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF) de 1988 assegura a crianças e adolescentes, 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.

A prioridade absoluta incide sempre que o tratamento de crianças e adolescentes estiver em questão, em qualquer área do Direito. Seu sentido e alcance são influenciados e moldados pela forma como os tribunais interpretam os direitos das crianças e dos adolescentes. Por isso, esta pesquisa teve como objetivo mapear a interpretação que as cortes superiores – Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) – conferem a esses direitos.

Este sumário executivo apresenta os principais resultados da pesquisa. A primeira seção contém dados comparativos a respeito do perfil do litígio e, conseqüentemente, das decisões de cada tribunal. Em seguida, são apresentadas as conclusões a respeito da interpretação dos direitos das crianças e dos adolescentes, respectivamente, no STF e STJ. A conclusão, por fim, indica os desafios à interpretação da prioridade absoluta pelas cortes superiores.



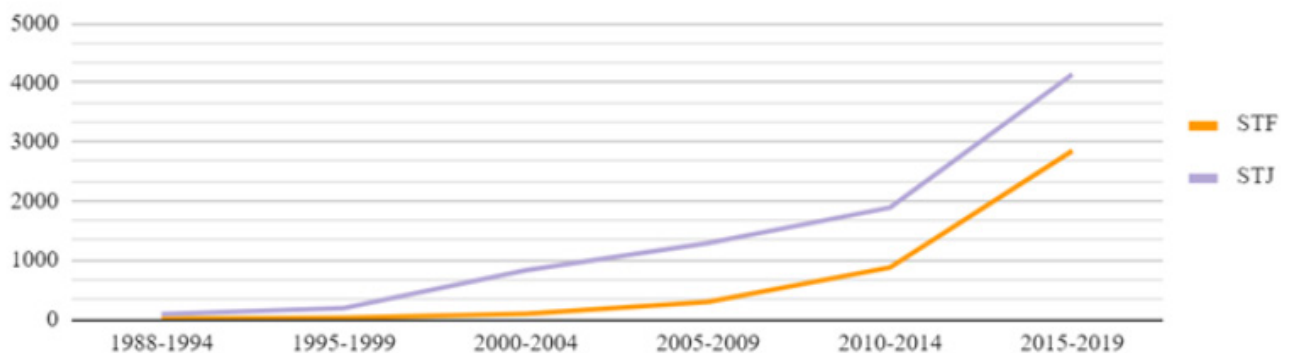
PERFIL DA ATIVIDADE DOS TRIBUNAIS

A análise de todas as ações julgadas pelos tribunais sobre o tema entre 1988 e 2019¹ identificou 4.138 decisões proferidas no STF e 8.408 no STJ. Foi possível categorizar essas decisões, então, a partir de oito grandes temas de discussão: ato infracional, convivência familiar, inclusão de dependente, penal, políticas públicas, responsabilidade civil, trabalhista/previdenciário e tributário. Considerando ambos os tribunais, a maior parte das ações mapeadas envolve aplicação de medida socioeducativa resultante da prática de atos infracionais² ou incidência de normas penais em casos envolvendo crianças e adolescentes. O terceiro grande tema prevalente foi o de convivência familiar, sendo também caracterizado pela interface penal, por tratar, em sua maioria, da aplicação da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar a gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou com deficiência. Assim, **os tribunais são, majoritariamente, chamados a interpretar o direito da criança e do adolescente em um contexto de responsabilização ou punição.**

Apesar da preponderância comum, os temas variaram um pouco entre os tribunais. A temática de direito penal foi a mais frequente nas decisões do STF, seguida de convivência familiar, políticas públicas e ato infracional.

No STJ, contudo, predominaram as decisões que tratam de atos infracionais, seguidas das ações relativas à esfera penal e de convivência familiar. Os temas relativos a políticas públicas e à inclusão de dependente foram focos importantes na garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes nesse tribunal, muito embora totalizem um número mais baixo de decisões.

Além da análise temática, foi possível observar as modificações nas atividades dos tribunais ao longo dos anos:



Durante a década de 1990 e início dos anos 2000, matérias envolvendo crianças e adolescentes eram pouco frequentes em ambos os tribunais. Esse número começou a crescer a partir de 1999, no STJ, e 2007, no STF, com saltos nos anos de 2010, 2016 e 2018. O crescimento parece coincidir com marcos jurisprudenciais e legislativos no direito da criança e do adolescente. O aumento dos casos no STJ, em 1999, ocorreu principalmente em relação aos casos nos quais discute-se o cometimento de atos infracionais. Considerando tanto o STF quanto o STJ, então, o salto ocorrido nos anos 2000 coincide com a estabilização da jurisprudência de obrigatoriedade do oferecimento de vagas em creches e pré-escolas. Em 2016, o pico coincide com a promulgação do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257), que, entre outros dispositivos, alterou a redação do Código de Processo Penal (CPP) para prever a substituição de prisão preventiva por domiciliar quando a agente for gestante, mãe de filho de até 12 anos ou única pessoa responsável por seus cuidados ou adolescentes em situações similares envol-

vendo suposta prática de ato infracional. Em 2018, novo aumento ocorreu após decisão em sede do HC 143.641, quando a Segunda Turma do STF reconheceu que juízes têm o dever de substituir a prisão preventiva por domiciliar prevista no art. 318 do CPP, quando presentes os requisitos legais.

Essa evolução histórica mostra mais uma vez como a temática das decisões é moldada pelo perfil do litígio e dos conflitos político-sociais refletidos nas demandas que surgem no tribunal. Isso explica por que, numericamente, as temáticas de ato infracional e de políticas públicas perderam espaço para a temática de convivência familiar no decorrer da história do tribunal. Até 2014, prevaleciam no STJ questões relativas a atos infracionais. Entre 2015 e 2019, contudo, a temática de ato infracional perdeu espaço para direito penal, ao mesmo tempo que se observou um crescimento da temática de convivência familiar. O crescente protagonismo de decisões relativas a esse tema também é observável no STF, tomando o espaço de decisões relativas a políticas públicas.

É difícil identificar uma evolução histórica no modo como os tribunais interpretam a prioridade absoluta, até porque o conceito e seus termos correlatos³ são pouco frequentes nas decisões. Há mais menções expressas à prioridade absoluta na temática de convivência familiar, seguida, no STF, da temática de políticas públicas e, no STJ, da temática de ato infracional. É de se notar que os temas que contemplam o maior número de decisões, ato infracional e direito penal, contêm proporcionalmente menos menções do que convivência familiar e políticas públicas.

A ausência de menção expressa à prioridade absoluta não significa, por si só, sua desconsideração. Mas a frequência de menções expressas é relevante em termos simbólicos, pela difusão da linguagem que veicula o paradigma da proteção integral, e, em termos jurídicos, pela densificação de seu conceito. É por isso que olhar apenas para os casos nos quais há menção à prioridade absoluta diz pouco sobre o modo como os tribunais interpretam casos envolvendo crianças e adolescentes. O que merece

atenção, então, são os assuntos e as decisões proferidas por cada tribunal.

A dificuldade de densificação do conceito é complementada pela baixa frequência de ações de controle concentrado no universo de pesquisa. Do total de ações envolvendo crianças e adolescentes, apenas 1% trata de questões abstratas. Na maior parte das decisões, por isso, os tribunais interpretam os direitos das crianças e dos adolescentes com enfoque na resolução de litígios subjetivos.


A despeito da dificuldade de identificar uma evolução histórica, foi possível pontuar um conjunto de casos paradigmáticos, por terem avançado historicamente na interpretação da prioridade absoluta. A seguir, descrevemos o contexto no qual cada tribunal decidiu questões relativas aos direitos de crianças e adolescentes – destacando, em meio à narrativa, os casos paradigmáticos – e a forma como isso foi feito.

NOTAS DE RODAPÉ

1 O universo de pesquisa contempla todas as decisões do STF (monocráticas e colegiadas) e do STJ (colegiadas) publicadas entre 05/10/1988 e 31/12/2019, nas quais há menção, na ementa ou na indexação, aos termos "criança" ou "adolescente". A partir da busca inicial, foram excluídas desse universo as decisões que tratavam exclusivamente de questões procedimentais (admissibilidade do caso, tempestividade etc.) a ponto de ser impossível sequer classificar sua temática a partir da ementa, além daquelas que tão somente admitem a participação como *amicus curiae* ou determinam a oitiva de partes.

2 A Constituição Federal de 1988 proíbe que crianças e adolescentes sofram sanção penal pela prática de crimes. Todas as condutas descritas como crime ou contravenção penal quando praticadas por criança ou adolescente são consideradas atos infracionais. A consequência da prática de um ato infracional é a determinação de uma medida socioeducativa, quando o ato for cometido por adolescente, e de uma medida de proteção, quando cometido por criança. A espécie mais branda de medida socioeducativa é a advertência; a mais dura, de internação, que implica a restrição de liberdade do adolescente.

3 Essa busca identificou o uso dos termos "prioridade absoluta", "melhor interesse", "pessoa em desenvolvimento" ou mesmo o art. 4º do ECA.

The background features a large red square in the center, surrounded by a grid of white squares. Some of these white squares contain red lines, creating patterns of horizontal, vertical, and grid lines. The overall effect is a modern, geometric aesthetic.

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A primeira constatação identificável a partir dos dados de pesquisa é que, apesar da amplitude de incidência da prioridade absoluta, algumas discussões dificilmente ultrapassam a barreira da admissibilidade no STF.

Na temática de **convivência familiar**, isso ocorre com discussões de guarda, adoção, direito de visitação de apenados e transferência de servidores públicos para a localidade onde reside o grupo familiar. O mesmo acontece em casos relativos à inclusão de dependente para fins de pensão por morte ou em planos de saúde e com alguns casos de avaliação de requisitos para aplicação de medidas socioeducativas. A negativa de admissibilidade tem como fundamento a impossibilidade de rediscussão de matérias fáticas ou a inexistência de matéria constitucional.

Como essas decisões de inadmissibilidade são, sobretudo, monocráticas, esse juízo é individual e a amplitude da delimitação varia de relator para relator. Mas a consequência é sempre a mesma: a perpetuação da decisão do tribunal de origem e, com isso, a interpretação sobre prioridade absoluta que o juízo de origem teve como premissa.

A temática de **direito penal** – a mais frequente no universo de pesquisa – abarca ações que tratam desde crimes com envolvimento de adolescente (51,71%) até aqueles nos quais há vítima criança ou adolescente (42,74%).

A inclusão de adolescentes na prática delituosa é causa de aumento de pena pela lei de drogas (art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006) e pode configurar crime de corrupção de crianças e adolescentes (art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). A existência de vítima criança ou adolescente também é circunstância que agrava a pena (art. 61, h, Código Penal – CP).

A instituição de causas de aumento de pena ou agravantes quando crimes envolvem crianças é uma opção legislativa que pressupõe a eficácia de medidas repressivas. Com essa premissa, valorizam-se a vida e a liberdade de crianças e adolescentes como bem jurídico e, por isso, punem-se de modo mais severo crimes que as afetem. Ainda assim, a massiva preponderância dessa temática no universo de casos aponta que crianças e adolescentes não são protagonistas na grande maioria das decisões que as mencionam: são coadjuvantes na punição alheia.

Exceção nesse padrão é a decisão no **HC 70.389** que, em 1994, reconheceu a configuração do crime de tortura (art. 233, ECA) quando policial militar intimida e coage adolescentes em seu poder à confissão.

A temática de **convivência familiar**, segunda mais frequente, abarca, sobretudo, pedidos de prisão domiciliar, com fundamento no art. 318 do CPP (77,9%). O crescimento na quantidade de decisões envolvendo prisão domiciliar ocorreu depois do julgamento, em 2018, do **HC 143.641**, que alterou a dinâmica do litígio no tribunal e é emblemático tanto em razão de seu conteúdo quanto por suas inovações processuais – admissibilidade de *habeas corpus* coletivo.

A inovação processual do *habeas corpus* coletivo pode ser uma grande ferramenta ao litígio no direito da criança e do adolescente. Ao reconhecer a possibilidade de ajuizamento de *habeas corpus* em favor de pacientes indeterminados ou determináveis, o STF, contudo, optou por estabelecer as regras do mandado de injunção coletivo como parâmetro para estipular os legitimados ao ajuizamento da ação. Com isso, restringiu a legitimidade do ajuizamento de *habeas corpus* coletivo a partidos polí-

ticos, organizações sindicais ou associações em defesa de seus interesses e de membros ou associados. Essa restrição é um entrave ao litígio por entidades de defesa de direitos e foi a razão utilizada pela ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática, para negar a admissibilidade da ação que pedia a transferência, para instalações adequadas, de todas as adolescentes travestis e transexuais cumprindo medida de internação em local compartilhado com pessoas heterossexuais do gênero masculino⁴.

Nas ações relativas à convivência familiar na seara de direito civil, a jurisprudência do STF também é consolidada e bastante protetiva. Importantes decisões do tribunal já reconheceram a vedação à discriminação entre filhos adotivos e biológicos, o direito à licença-maternidade tendo como principal destinatário o filho ou filha, a concessão de salário-maternidade a trabalhadores rurais ou indígenas menores de 16 anos, o direito à busca pela identidade genética e a proibição de extradição de estrangeiro com prole brasileira. Nesse sentido, destacam-se: **RE 248.869**, de 2003, no qual o STF reconheceu a existência de legitimidade do Ministério Público (MP) para ajuizar ação de investigação de paternidade; **RE 778.889**, de 2016, no qual o tribunal equiparou o prazo de licença-maternidade de gestantes e adotantes; e **RE 629.053**, de 2018, no qual o tribunal vedou a dispensa arbitrária no caso de gravidez preexistente.

Há, contudo, alguns desafios na temática de convivência familiar. Diversas decisões monocráticas do próprio STF interpretam o precedente do HC 143.641 de modo mais restritivo. Em sede dele, o STF concedeu o *habeas corpus* coletivo para deferir a prisão domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas e mães de crianças de até 12 anos ou com deficiência. A ordem também foi estendida para adolescentes, em situação similar, cumprindo medidas socioeducativas.

As únicas exceções, não abarcadas pela concessão do *habeas corpus*, são casos de crimes cometidos com grave ameaça ou contra os descendentes. No caso de reincidência ou outras situações excepcionais, o juiz deve

avaliar as circunstâncias do caso concreto, sempre observando a matriz da excepcionalidade da prisão e possibilidade de substituição por medidas alternativas que não envolvam restrições à liberdade. Para aferir a situação de guardião dos filhos, o juiz deve dar credibilidade à palavra da mãe. Desvirtuando o precedente, contudo, algumas decisões negam pedidos de prisão domiciliar por motivos como a ausência de imprescindibilidade da mãe aos cuidados do filho.

Esbarram na admissibilidade *habeas corpus* impetrados em meio a discussões sobre guarda, bem como pedidos de licença por parte de servidor público para acompanhamento de cônjuge (art. 84, § 2º, Lei nº 8.112/1990) ou para onde reside o grupo familiar (art. 36, III, a, Lei nº 8.112/1990). Também esbarram na admissibilidade recursos contra decisões de tribunais inferiores que negam o direito à visitação de apenados por crianças. Essas decisões não reconhecem a visitação como direito da criança. Ela é colocada como direito do apenado, em conflito com o princípio da proteção integral. Esse desvirtuamento na noção de proteção integral é usado por tribunais de origem para justificar a vedação às visitas como forma de preservar a integridade física da criança. Essas interpretações equivocadas da prioridade absoluta não são revertidas pelo STF, que considera inexistir, nesses casos, matéria constitucional que enseje competência do tribunal.

A temática de **ato infracional** versa, em 92,2% dos casos, sobre a aplicação de medidas socioeducativas. Boa parte delas avalia requisitos para a aplicação de medidas socioeducativas de internação, a partir dos requisitos do art. 122 do ECA⁵. No tema, o STF possui diversos entendimentos protetivos: reconhece a excepcionalidade da internação, a brevidade, a impossibilidade de aplicação a adolescentes de medidas mais gravosas do que aquelas impostas a adultos, o direito à visitação e à internação em condições de habitabilidade e sem a convivência com adultos, tal qual estipulado na Lei nº 12.594/2012, que regulamenta o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).

O tribunal entende pela impossibilidade de imposição de medida socioeducativa apenas com base na gravidade abstrata do ato infracional⁶ e restrição da internação às circunstâncias nas quais há violência ou grave ameaça ou reiteração em infrações graves. O ato infracional análogo ao de tráfico de drogas não pode ser considerado como ato de violência ou grave ameaça⁷.

A caracterização da reiteração, por sua vez, depende de prova a partir de documento emitido por órgão competente. Não bastam laudos produzidos pelo serviço de assistência social⁸ ou a ocorrência prévia de remissão, que consiste em uma faculdade de exclusão, extinção ou suspensão do processo concedida pelo MP ou pela autoridade judiciária por ato infracional supostamente aplicado⁹. Nessas decisões, que remontam ao **HC 855.598**, de 2010, o tribunal reafirmou a taxatividade do art. 122 do ECA e a excepcionalidade da internação. A reiteração, por fim, não pode ser justificativa para regressão a um regime gravoso em medida socioeducativa cujo cumprimento já está em curso¹⁰. Trata-se do que foi decidido no **RHC 81.035**, em 2005, e desde então reafirmado.

No emblemático **HC 122.072**, de 2014, o STF entendeu que se aplica a presunção de inocência em processos de apuração infracional. O tribunal também já reconheceu, no **HC 124.682**, de 2014, que o porte de drogas de adolescente para consumo próprio não pode implicar a medida restritiva de internação, pois o ato infracional é análogo a um crime para o qual a legislação penal prevê tão somente pena restritiva de direitos.

O direito à visitação foi expressamente reconhecido no **HC 91.173**, de 2007, no qual o STF entendeu ser vedado condicionar visitas ao bom comportamento¹¹.

Quanto às circunstâncias de internação, o tribunal já censurou a internação de adolescentes em estabelecimentos prisionais nos quais convivam com adultos e instalações inadequadas ou em condições precárias, nos termos do art. 185 do ECA. Na ausência de unidade de internação adequada na região, o tribunal decidiu que a regra deve ser a aplicação de uma medida menos gravosa¹², conforme o art. 49, II, da Lei do Sinase.

Ainda na temática de ato infracional, o **HC 143.988** foi ajuizado em favor de todos os adolescentes internos em casa de custódia do Espírito Santo onde sete a oito adolescentes dividiam um quarto com estrutura para quatro. E, 2019, além de conhecer a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo, o ministro Edson Fachin determinou a delimitação da superlotação da unidade, com transferência dos adolescentes a outras unidades ou conversão de sua internação domiciliar¹³.

Mas a temática expõe dois desafios que permeiam os resultados da pesquisa. O primeiro deles é o modo como as barreiras processuais de admissibilidade podem levar à manutenção de decisões de tribunais de origem que desvirtuam a noção de prioridade absoluta. O segundo é a utilização da necessidade de atenção às peculiaridades do caso concreto como modo de abonar uma decisão judicial descolada de previsões do ECA ou da jurisprudência protetiva.

O tribunal já decidiu, por exemplo, que o conceito de reiteração independe da condenação por três infrações porque a sistemática do ECA determina que cabe ao juiz levar em consideração as peculiaridades do Direito¹⁴. Os casos em que esse raciocínio foi aplicado discutiam a internação de adolescentes com menos de três reiterações. Não há casos, no universo de pesquisa, nos quais tal raciocínio tenha sido utilizado para eximir a aplicação de medida de internação para adolescentes com mais de três reiterações, consideradas as peculiaridades do caso. Também com fundamento nas peculiaridades do caso concreto, admitiu-se a perpetuação de uma decisão do juízo de origem que determinou a necessidade de internação de adolescente para “retirá-lo de ambiente nocivo”¹⁵.

O contraste no modo como crianças e adolescentes são vistos na esfera penal e na esfera infracional expõe uma contradição. No campo penal, a presença ou envolvimento de crianças e adolescentes é mencionada como um elemento que aumenta a censura ao crime, com um holofote na inocência dessas pessoas em formação. Na justiça juvenil, a custódia é muitas vezes vista como um

meio de disciplinar adolescentes e demovê-los da prática de atos infracionais. Nesse caso, não há holofote na inocência, mas sim na necessidade de coibir condutas desviantes. Essa dualidade ilustra os resquícios da doutrina da situação irregular na jurisprudência. Ao lado dela, em termos simbólicos, expressões próprias da doutrina da situação irregular, como a menção ao termo “menor”, são frequentes mesmo em decisões que, por seu conteúdo, são protetivas.

O STF também enfrentou caso no qual o Judiciário havia considerado ato infracional praticado durante a adolescência como uma das razões a justificar a periculosidade do indivíduo adulto à ordem pública e, com isso, a necessidade de decretação de prisão preventiva¹⁶. Por não ser considerada crime, a prática de ato infracional não poderia ser considerada para fins de aferição da reincidência ou Maus antecedentes. A decisão do tribunal de origem reconhece isso, mas afirma que os atos infracionais poderiam “ser sopesados na análise da personalidade do paciente, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa cuja segregação é necessária”. A decisão não foi reformada pelo STF, esbarrando na barreira da admissibilidade. Para o tribunal, não seria o caso de constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem.

Na temática de **políticas públicas**, 68,6% das decisões envolvem a imposição de obrigações ao poder público, com destaque para a imposição de fornecimento de vaga em pré-escola ou creche.

A jurisprudência do STF é, de modo geral, protetiva e estabelece que o Judiciário pode impor obrigações à administração pública, sem que isso configure violação à separação de Poderes. A primeira decisão colegiada do STF determinando a obrigação do poder público de fornecer vaga em pré-escola ou creche ocorreu em sede do **RE-AgR 410.715**, julgado pela Segunda Turma em 2005, seguida do RE 554.075, julgado pela Primeira Turma em 2006. Um ano antes, o STJ já havia se posicionado sobre o tema, decidindo pelo dever do poder público em forne-

cer vaga em pré-escola ou creche. Essa cronologia permite identificar a evolução dos litígios entre os tribunais superiores.

O STF também já determinou a obrigação de que o poder público adapte a estrutura de escolas ou creches, com reforma de instalações precárias¹⁷ ou adequação às demandas de acessibilidade¹⁸ e inclusão¹⁹. Já determinou também, por exemplo, reforma para garantia de condições de salubridade e segurança do ambiente, correção de irregularidades físicas que impediriam o acesso de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, garantia de transporte especializado para deslocamento de crianças com deficiência ou contratação de profissional para atendimento a crianças com deficiência.

Para além do tema sobre educação, o STF tem decisões que impõem ao poder público atuar na área da saúde – fornecimento de tratamentos médicos e fraldas descartáveis, bem como elaboração de plano municipal de controle de doença – e na adequação da estrutura do sistema socioeducativo – reforma²⁰, disponibilização de vaga²¹, ampliação de pessoal²² ou instalações de câmeras²³ em unidades de internação.

Apesar de contar com decisões bastante protetivas, a temática de políticas públicas também enfrenta, em algumas situações, o desafio das barreiras processuais. Algumas decisões negam seguimento a recursos em razão da ausência de ofensa direta à CF/88. Com esse fundamento, o tribunal acaba por perpetuar decisões de origem que concluíram pela impossibilidade de designação de monitores em escola estadual em razão de ofensa à isonomia e à necessidade de respeitar o juízo do Executivo de conveniência e oportunidade²⁴, pela ausência de obrigação do poder público em fornecer ensino infantil de modo ininterrupto²⁵ ou pela inexistência de direito subjetivo à matrícula de criança inscrita em lista²⁶.

O segundo tema mais frequente em políticas públicas consiste na regulação de áreas de interesse de crianças e adolescentes considerando a particular condição de pessoa em desenvolvimento (18,4%). Também nele en-

contram-se decisões protetivas, que limitam a esfera de atuação privada para adequá-la à peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, sobretudo em ações que envolvem educação. Na regulação de ensino, as decisões garantiram a inclusão em sala de aula, o repúdio à censura²⁷, a obrigatoriedade de matrícula de crianças em escolas – diante da inexistência de lei regulando o ensino domiciliar²⁸ – e a constitucionalidade do corte etário para matrícula²⁹. Destacam-se a **ADI 5.357**, na qual o STF determinou que escolas particulares não podem cobrar mais pela matrícula ou mensalidade de pessoas com deficiência, e a **ADPF 465**, na qual o STF reconheceu inconstitucionais as leis que proíbem a discussão de gênero em sala de aula, ambas julgadas em 2020.

Nos casos em que esteve em jogo a regulação de meios de comunicação, as decisões apresentaram a tendência de dar mais peso às demandas dos meios de comunicação. O STF já decidiu que a classificação indicativa de programas televisivos (art. 254, ECA) consiste em recomendação, e não autorização³⁰. Decidiu, ainda, que não cabe condenação por danos morais de produtoras jornalísticas que divulgam filmagem com imagem desfocada de adolescente³¹ e que não compete ao STF intervir em processos administrativos para apurar e demandar a sanção pecuniária estabelecida no ECA em razão da divulgação não autorizada de imagem (art. 247, *caput*, §§1º e 2º).

Sobre publicidade infantil, o tribunal confirmou decisão do STJ que condenou a empresa Bauducco por realizar venda casada e veicular anúncio de venda de alimentos destinado diretamente a crianças³², ³³.

Ainda dentro da temática de políticas públicas, o tema de destinação de recursos públicos envolve majoritariamente a determinação de sequestro de verbas públicas, a exemplo da decisão que vedou o sequestro ou penhora de verbas públicas de Caixas Escolares³⁴, pessoas jurídicas de direito privado que geram recursos recebidos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) destinados ao custeio de escolas públicas. O tema contém

também discussões sobre repasses. Algumas decisões monocráticas determinam a obrigatoriedade de suplementação de recursos repassados do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) em desacordo com a média nacional³⁵.

Já a temática de **inclusão de dependente** envolve, sobretudo, decisões que reconhecem possível a inclusão de criança ou adolescente sob guarda como dependente, principalmente para fins de recebimento de pensão por morte, até que a criança ou o adolescente complete 21 anos³⁶ ou até que cesse a dependência³⁷. O STF entende que a dependência deve ser aferida pela guarda no momento do óbito³⁸ e é irrelevante se os genitores são ou não economicamente ativos³⁹.

As categorias temáticas menos expressivas – **tributário, trabalhista/previdenciário e responsabilidade civil** – têm relação apenas mediata com o direito da criança e do adolescente. Nelas encontram-se, respectivamente, decisões que se recusam a rediscutir a imunidade tributária de entidades de assistência social destinadas a crianças, decisões que admitem o cômputo de serviço rural exercido antes dos 14 anos para fins previdenciários⁴⁰ e decisões que condenam indivíduos à indenização por dano material ou moral em razão de acidentes com vítimas crianças.

Na temática de responsabilidade civil, o STF já entendeu que o Estado tem o dever de indenizar quando há lesão de crianças ou adolescentes sob sua custódia ou colocadas naquelas circunstâncias por ação ou omissão do poder público. Com essa premissa, determinou que o Estado indenizasse familiares pela morte de adolescente em unidade de internação⁴¹.

Na seção seguinte, esses resultados poderão ser contrastados com os dados do STJ. Apesar das particularidades de cada tribunal, a interpretação da prioridade absoluta enfrenta desafios em comum, que serão abordados na Conclusão.

NOTAS DE RODAPÉ

4 HC 170.423, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 27/05/2019.

5 Os requisitos são: "I – tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; II – por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III – por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta".

6 Cf., por exemplo, HC 122.886, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 19/08/2014. O mesmo decidido no HC 105.917, rel. min. Ayres Britto, Segunda Turma, julg. 07/12/2010, e no HC 85598 (2005).

7 Cf. HC 177.198, Monocrática, julg. 18/10/2019.

8 Cf. HC 93.900, rel. min. Cezar Peluso, Primeira Turma, julg. 10/03/2009.

9 Cf. HC 88.748, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 08/08/2006.

10 Cf. HC 74.890, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julg. 03/02/1998.

11 Cf. HC 98.518, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, julg. 25/05/2010.

12 Trata-se do que foi decidido no HC-MC 133.495, decisão monocrática de 22/08/2016, rel. min. Marco Aurélio. O caso envolvia adolescente que, a princípio, cumpria medida de liberdade assistida e que, após decisão judicial, passou a cumprir medida de internação. A decisão restabeleceu o cumprimento da medida de liberdade assistida, pois não existia unidade de internação adequada em sua região (Itapetininga), sendo a mais próxima em São Paulo, e o fato de que o ato não contava com violência, havia pequena quantidade de droga e dinheiro apreendidos e a medida de internação, naquelas condições, não teria fim pedagógico.

13 Em sede de liminar, a superlotação foi delimitada na taxa média de 119%. Após a data de fechamento desta pesquisa, o STF julgou o mérito do HC 143.988 e, na decisão de mérito, delimitou a superlotação à taxa de 100%.

14 Cf., por exemplo, RHC 178.227, Monocrática, julg. 12/11/2019; HC 160.719, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 16/08/2018; HC 94.447, rel. min. Luiz Fux, julg. 12/04/2011.

15 Cf. HC 136.470, rel. min. Dias Toffoli, Monocrática, julg. 1º/09/2016.

16 Cf. HC 167.993, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 26/04/2019.

17 Cf. RE 1.184.742, rel. min. Ricardo Lewandowski, Monocrática, julg. 05/02/2018.

18 Cf. ARE 1.189.118, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 18/03/2019; ARE 1.139.066, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 25/06/2018; ARE 1.076.316, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 06/03/2018.

19 Cf. ARE-AgR 839.629, rel. min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julg. 02/02/2016; ARE 850.154, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 28/11/2014; ARE 758.111, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 30/08/2013; ARE 838.816, rel. min. Gilmar Mendes, Monocrática, julg. 22/10/2014; ARE 970.587, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 20/05/2016.

20 Cf. ARE 1.206.151, rel. min. Marco Aurélio, Monocrática, julg. 17/05/2019.

21 Cf. ARE 1.215.729, Monocrática, julg. 30/08/2019.

22 Cf. ARE 1.126.840, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 15/05/2018.

23 Cf. RE-AgReg 1.155.959, rel. min. Alexandre de Moraes, redator para o acórdão min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julg. 2016.

24 Cf. RE 909.983, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 17/09/2015.

25 Cf. RE 1.171.643, rel. min. Edson Fachin, Monocrática, julg. 28/08/2019.

26 Cf. RE 1.044.478, rel. min. Rosa Weber, Monocrática, julg. 13/11/2018.

27 Em 29 de abril de 2020, o STF finalizou o julgamento de mérito da ADPF 457, julgando-a procedente e reconhecendo a inconstitucionalidade da lei do município de Novo Gama (GO) que proibia a utilização em escolas públicas municipais de materiais didáticos que contivessem o que chamava de "ideologia de gênero". Em 8 de maio, o tribunal reafirmou esse posicionamento e entendeu inconstitucional lei do município de Foz do Iguaçu que continha conteúdo similar.

28 Cf. RE 888.815, rel. min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julg. 12/09/2018. O caso teve origem quando ato do secretário municipal de Educação do município de Canela (RS) negou solicitação de pais que pretendiam aplicar ensino domiciliar a seu filho e recomendou sua imediata matrícula na rede regular de ensino. Contra esse ato os pais impetraram mandado de segurança, mas o tribunal de origem negou provimento sob a justificativa de inexistência de previsão legal do sistema de ensino domiciliar.

29 O julgamento foi finalizado em 1º/08/2018, mas o acórdão não foi publicado até o fechamento desta pesquisa (31/12/2019). Como o acórdão ainda não foi publicado, ele não constava no banco de decisões do STF no momento da montagem do banco de dados da pesquisa e, por isso, não foi incluído na análise. Optamos, contudo, por fazer constar a decisão no relatório porque decisões monocráticas posteriores já reproduzem a tese fixada nessa decisão e afirmam ser esse o entendimento consolidado (cf. ARE-AgR 964.145, rel. min. Roberto Barroso, Monocrática, julg. 19/12/2018; RE 1.169.723, rel. min. Cármen Lúcia, Monocrática, julg. 21/11/2018).

30 Cf. ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julg. 31/08/2016.

31 Como a ADPF 130, na qual o STF reconheceu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa.

32 ARE 1.038.825, rel. min. Celso de Mello, Segunda Turma, julg. 15/09/2017.

33 Após a data de fechamento desta pesquisa, em dezembro de 2019, o STF julgou outra ação relevante sobre publicidade infantil. Trata-se da ADI 5.631, em sede da qual o tribunal considerou possível a proibição, por meio de lei estadual, de publicidade destinada ao público infantil em estabelecimentos de educação básica (cf. ADI 5.631, rel. min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julg. 25/03/2021).

34 Cf. ADPF 484, rel. min. Luiz Fux, julg. 16/11/2017.

35 O caso não se encontra no banco de dados coletado porque não possui menção expressa aos termos "criança ou adolescente" em sua ementa ou em sua indexação. Contudo, foi incluído na narrativa por ser mencionado em decisão monocrática que faz parte do universo de pesquisa.

36 Cf. MS-AgR 30.141, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. 15/03/2016; MS-AgR 29.249, rel. min. Rosa Weber, Primeira Turma, julg. 27/10/2015.


37 Cf. MS 35.679, monocrática, julg. 12/11/2019.

38 Cf. MS-AgR 31.934, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 27/05/2014; MS-AgR 31.687, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julg. 11/03/2014.

39 Cf. MS-AgR 27.052, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 13/10/2015.

40 Cf. RE 906.259, Monocrática, julg. 16/09/2015.

41 AI 753.947, rel. min. Luiz Fux, Monocrática, julg. 02/02/2011.

The background features a large central red square. This square is surrounded by a grid of white squares. Some of these white squares are filled with red lines, creating various patterns: vertical lines, horizontal lines, and a fine grid. The overall effect is a complex, layered geometric composition.

A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No STJ predominaram as decisões relativas a **ato infracional**. Em termos de apuração dos atos, destaca-se entendimento sobre a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância⁴² e a impossibilidade de desistência na produção de provas quando há confissão pelo adolescente⁴³ (Súmula 342/STJ). Também apareceram as decisões sobre a necessidade de laudo toxicológico para comprovação de ato infracional equiparado ao crime de tráfico de drogas⁴⁴ e a competência exclusiva do juiz para aplicação de medidas socioeducativas (Súmula 108/STJ), além de o STJ ter assentado compreensão de que “a superveniência da maioria penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos”⁴⁵ (Súmula 605/STJ). A discussão sobre a remissão também esteve presente, entendendo-se que, uma vez oferecida a representação, é possível a qualquer tempo antes da sentença, depois da audiência de apresentação⁴⁶. Há, contudo, divergências sobre a necessidade de oitiva tanto do MP quanto do adolescente⁴⁷.

As principais questões, contudo, são relativas às medidas socioeducativas em si, especialmente as de internação. Há um grande debate em relação às justificativas

para sua aplicação, a partir do disposto no art. 122 do ECA: ato cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, reiteração no cometimento de outras infrações graves e descumprimento reiterado e injustificável de medida anterior. O entendimento firmado pelo STJ tem sido de que a internação só pode ser aplicada se observados os requisitos taxativos do mencionado artigo⁴⁸. Sendo o ato praticado com violência ou grave ameaça, estaria justificada a internação, podendo ser fixada por prazo indeterminado até o máximo legal de três anos⁴⁹. A dúvida está em saber, contudo, quais atos ou narrativas podem ser assim caracterizados, o que não fica claro pela jurisprudência do tribunal. A maior polêmica se dá em relação aos atos análogos ao tráfico de drogas, inicialmente entendidos como atos desprovidos de violência ou grave ameaça, ainda que considerada sua natureza hedionda⁵⁰ e sua reprovabilidade social⁵¹. Contudo, algumas decisões agregam na análise outras considerações sobre o adolescente, como cometimento de outros atos infracionais e circunstâncias de sua vida pessoal⁵², entendendo que seria possível a internação se devidamente fundamentada⁵³. Com a Súmula 492 do STJ, ficou assentado que “o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente”.

Outra questão de debate se deu em relação à reiteração no cometimento de ato infracional. Durante algum tempo o STJ uniformizou entendimento no sentido de se exigir a prática de pelo menos três atos infracionais graves anteriores para que fosse configurada a reiteração. Depois do julgamento pelo STF⁵⁴, contudo, ficou estabelecido que a delimitação do número de atos cometidos não tem fundamento legal, devendo ser analisado caso a caso pelo juiz⁵⁵. Interessante observar que um número razoável de casos, por fim, fundamenta a decisão não se valendo, ou não apenas, do art. 122 do ECA⁵⁶, considerando circunstâncias pessoais e/ou gravidade do ato infracional⁵⁷. Reunindo esse argumento com atos análogos ao crime de tráfico de drogas, essa intersecção acaba por ser responsável por casos de internação⁵⁸.

Há também discussões sobre a internação provisória, especialmente sobre seu prazo, que não pode ultrapassar os 45 dias previstos no ECA, o que afrontaria a brevidade, a excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Muitas ações trazem discussões sobre a substituição de medidas, para uma mais gravosa ou para uma mais branda, em sede de execução. No primeiro caso, a principal questão é a necessidade de oitiva do adolescente, privilegiando-se o devido processo e a ampla defesa⁵⁹ (Súmula 265/STJ). No segundo caso, de substituição por medida mais branda, um dos entendimentos é que o juiz não está vinculado ao parecer/laudo técnico que indica a progressão, a partir do seu livre convencimento motivado⁶⁰, desde que devidamente justificado⁶¹.

Ainda na temática de ato infracional, outra questão importante diz respeito ao local de cumprimento da medida socioeducativa, especialmente a distância em relação à moradia dos familiares do adolescente. A vertente predominante no tribunal entende que esse direito não é absoluto⁶², podendo ser afastado, por exemplo, pelo comportamento do adolescente na unidade em que cumpre a medida⁶³ ou por não haver unidade na localidade de domicílio dos pais do paciente⁶⁴. Algumas decisões consideram ainda que a existência de auxílio financeiro às famílias dos adolescentes mitigaria a distância⁶⁵. Por outro lado, algumas decisões garantem o direito do adolescente de cumprir a medida na localidade do domicílio, devendo se manter em liberdade assistida caso isso não seja possível⁶⁶, ressaltando a incompatibilidade com objetivos do sistema socioeducativo⁶⁷. Houve entendimento de que a precariedade justificaria a substituição por outra medida⁶⁸ ao mesmo tempo que a superlotação foi utilizada como argumento para flexibilizar o direito de cumprir a medida em localidade do domicílio da família⁶⁹. A discussão sobre o local de cumprimento se deu de maneira particular em casos de adolescentes grávidas cumprindo medida socioeducativa de internação. Houve entendimento, no **HC 351.732**⁷⁰, de que, com base na CF/88 e no Marco Legal da Primeira Infância e destacando-se, de um lado, a brevi-

dade, a excepcionalidade e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em que se deve pautar a aplicação da medida socioeducativa e, de outro, que o ambiente familiar seria o melhor para a criança, deveria ser garantida à socioeducanda a medida de liberdade assistida em residência particular, em virtude da maternidade.

Duas questões ainda permeiam a discussão sobre ato infracional no STJ: o momento de início do cumprimento da medida socioeducativa, que, diante de seu caráter “ressocializador”, “pedagógico” e protetivo, não poderia ser postergado, sendo imediato após a sentença⁷¹, e a possibilidade de aplicação da prescrição penal às medidas socioeducativas (Súmula 338/STJ).

Na temática **penal** as decisões se concentram nos casos que envolvem menção a atos infracionais cometidos por pessoa adulta, normalmente para justificar um histórico ligado à prática de crimes, indicados como antecedentes ou impedimentos para concursos públicos, e da proximidade ou presença de crianças ou adolescentes no local do crime, em que não são vítimas diretas ou indiretas, mas presenciaram o fato ou estavam no local onde ele ocorreu, sendo fator para majoração da pena e justificativa para prisão preventiva do acusado.

A temática também contempla questões relativas ao envolvimento de crianças ou adolescentes em crimes. Nesses casos, eles não são, portanto, réus no processo em questão, mas aparecem na narrativa do caso. Metade das decisões envolve o crime de “corrupção de menores”, tendo o STJ definido sua natureza formal, bastando a participação de criança ou adolescente na prática criminosa⁷² (Súmula 500/STJ) e a necessidade de documento hábil para comprovação da idade da criança ou do adolescente corrompido (Súmula 74/STJ). Essa participação apareceu para configurar causas de aumento de pena para justificar prisão preventiva em casos de roubo, furto, associação criminosa e tráfico de drogas.

Por fim, outro grupo temático está relacionado a crimes em que a criança ou o adolescente figura como vítima. Destaque especial àqueles de natureza sexual, prin-

principalmente os crimes de estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor. Esse é um campo que sofreu alterações legislativas significativas nos últimos anos, implicando modificações na interpretação do STJ. Permearam o tribunal, desde o princípio, discussões se a presunção de violência em relação a menores de 14 anos seria⁷³, ou não⁷⁴, absoluta. No **REsp 1.480.881**⁷⁵, valendo-se da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do art. 227 da CF/88, foi fixado entendimento de que o estupro de vulnerável se caracteriza com “conjunção carnal” ou prática de “qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos”, independentemente do consentimento da vítima, “eventual experiência sexual anterior” ou “existência de relacionamento amoroso” entre ela e o adulto (Súmula 593/STJ). Algumas decisões ainda assentaram pela impossibilidade de desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual, uma vez que este é cometido sem violência ou grave ameaça, e no caso de vítimas menores de 14 anos, a violência é presumida.

Crimes relacionados à pornografia infantil levaram ao tribunal discussões sobre sua configuração, seja na interpretação dos atos que os caracterizariam, seja considerando o local de consumação⁷⁶. O tema da exploração sexual também foi influenciado por modificações a partir de alterações legislativas, sendo que as discussões em geral envolvem a figura do “cliente ocasional” e do consentimento da vítima⁷⁷, muitas vezes de maneira conjunta. Outros crimes cujas vítimas são crianças ou adolescentes apareceram com menos expressividade: desvio de verbas públicas, tráfico internacional de crianças, homicídio e liberdade religiosa, redução à condição análoga à escravidão, maus-tratos e tortura.

O terceiro maior grupo é o relativo à temática de **convivência familiar**, como prisão domiciliar, guarda, filiação, adoção, poder familiar, medida protetiva, extradição ou expulsão de estrangeiro, busca e apreensão de criança ou adolescente, visita a parente preso, salário-maternidade, licença-maternidade, medidas cautelares/liberda-

de, viagem de criança ou adolescente, licença ou transferência de servidor público, indulto e abandono.

A notoriedade dos casos envolvendo convivência familiar, assim como ocorre no STF, se deu pelo crescimento vertiginoso de decisões envolvendo prisão domiciliar de mães, pais e avós responsáveis por crianças de até 12 anos ou com deficiência. É possível avaliar o impacto das modificações no art. 318 do CPP, somadas às argumentações esparsas envolvendo o art. 227 da CF/88, bem como da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Nesse sentido, importante decisão se deu no **HC 291.439**⁷⁸, que substituiu prisão preventiva por domiciliar de mulher acusada da prática de tráfico de drogas, mãe de duas crianças, considerando explicitamente a proteção integral, a prioridade absoluta e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. As decisões cresceram especialmente depois do Marco Legal da Primeira Infância, em 2016, e da concessão do *habeas corpus* coletivo 143.641⁷⁹ pelo STF. Contudo, há muito para avançar no tema, especialmente em relação à imprescindibilidade aos cuidados das crianças⁸⁰ e à negativa em caso de paciente envolvida em crime de tráfico de drogas praticado na própria residência⁸¹, tendo em vista a porcentagem de mulheres presas pelo crime de tráfico de drogas cometido dentro da própria casa.

Em termos de garantias à maternidade, destaca-se a discussão sobre salário-maternidade, especialmente sobre a possibilidade de concessão para adolescentes menores de 16 anos, principalmente indígenas. Embora seja vedado o trabalho de menores de 14 anos e só seja possível o trabalho daqueles que tenham entre 14 e 16 anos na condição de aprendizes, não se pode deixar os adolescentes em situação de maior vulnerabilidade com a negação do benefício⁸². Nas ações relativas à guarda e à adoção, destacou-se o argumento de melhor interesse da criança e do adolescente⁸³. Entendimentos relevantes sobre os temas foram: para que haja a adoção de criança ou adolescente, deve haver consentimento dos pais biológicos ou destituição do poder familiar⁸⁴; o cadastro de adotan-

tes não é absoluto, podendo ser relativizado na existência de vínculo afetivo, considerando o melhor interesse da criança⁸⁵; não é possível extradição ou expulsão de estrangeiro cuja prole é brasileira, no **HC 31.449**⁸⁶.

O STJ também proferiu considerações importantes acerca do poder familiar e de medidas protetivas. Em relação às circunstâncias que levaram à destituição do poder familiar, entendeu que, apesar de o ECA buscar a manutenção do poder e a convivência familiar, é possível havendo maus-tratos, abandono e descumprimento do sustento, guarda e educação da criança⁸⁷. Sobre as circunstâncias que podem levar ao acolhimento institucional, entendeu que “salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber [...] o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário”⁸⁸.

No que se refere à busca e apreensão de criança ou adolescente, além dos casos cuja decisão se centra na competência, as decisões estão, em grande parte, relacionadas à Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças⁸⁹. Outra questão refere-se à filiação, especialmente investigação e negatória de paternidade, paternidade e/ou maternidade socioafetiva e dupla paternidade. O STJ entendeu que ações de investigação de paternidade são imprescritíveis⁹⁰ e que a negatória de paternidade só pode se dar quando existe vício de consentimento, prevalecendo os interesses da criança⁹¹. O que se destaca é que, nas decisões relativas à filiação, grande parte traz como mote o melhor interesse da criança, inclusive quando passa a decidir questões recentes, tanto em termos legais quanto jurisprudenciais⁹², entendendo de forma ampliativa a possibilidade de filiação⁹³.

A discussão sobre o juízo competente em relação à guarda levou à edição da Súmula 383 do STJ, sendo o foro do domicílio do seu detentor, o que tem sido relativizado tendo em vista o melhor interesse da criança⁹⁴. Outra questão que perpassa os temas é a competência do MP, se poderia ou não figurar como substituto processual e, assim, propor ação de alimentos em benefício de criança

ou adolescente sob o pátrio poder. No **REsp 1.265.821⁹⁵**, o tribunal entendeu que o MP é legítimo para ajuizar ação de alimentos, independentemente de o exercício do poder familiar dos pais, da criança ou do adolescente se encontrar em situações de risco (art. 98, ECA) “ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca” (Súmula 594/STJ). A discussão sobre a competência do MP também apareceu de maneira relevante em casos de destituição do poder familiar. No **REsp 1.308.666⁹⁶**, o STJ assentou que há possibilidade de que o MP peça realização de “pedido de estudo social” ao Judiciário, diante de suspeita de abandono e maus-tratos de criança, quando não dotado de infraestrutura para tanto, em virtude da prioridade absoluta.

No que toca o grande tema de **políticas públicas**, as questões resolvidas se mostraram de alta relevância para a garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes. Parte delas ocorreu nos casos relativos a obrigações ao poder público, especialmente em relação à saúde, educação e sistema socioeducativo. No **REsp 681.012⁹⁷**, o STJ entendeu que, embora a questão da saúde de crianças e adolescentes pareça ser constitucional, existe previsão sobre o tema no ECA e que a CF/88 previu competência do MP em defender interesses “individuais indisponíveis”, como a saúde, que, por sua vez, deve ser assegurada à criança pela família, pela sociedade e pelo Estado, com prioridade absoluta. Também foi afirmado o poder de cautela, não havendo ilegalidade na determinação de que a administração pública proveja tratamento médico e psiquiátrico ou psicológico em casos envolvendo pedidos cautelares cuja situação de fundo envolve saúde de crianças e adolescentes⁹⁸, diante da prioridade absoluta, da existência de dever do Estado e do direito subjetivo da criança, como no **REsp 577.836⁹⁹**. Foi entendida a possibilidade de bloqueio de verbas públicas diante de não cumprimento de fornecimento de medicamento pelo Estado¹⁰⁰ e afastadas também alegações de impossibilidade de fornecimento de medicamento por estar fora da lista

do Sistema Único de Saúde (SUS)¹⁰¹ ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). No **AgRg no AgRg no AREsp 685.750**¹⁰², o tribunal entendeu que, havendo prescrições médicas e sendo a única alternativa de tratamento, o medicamento fora da lista da Anvisa deveria ser fornecido, por ser a saúde direito de todos e dever do Estado, devendo ser crianças e adolescentes protegidos de forma prioritária.

Os litígios sobre educação foram marcados principalmente por questões que envolvem vagas em creches ou escolas, tanto casos individuais (determinação de matrícula de uma ou poucas crianças) quanto questões coletivas (provimento de escolas e atendimento da fila de espera de creches), além do direito de ter atendida vaga em escola ou creche perto da residência. Importante decisão se deu no **REsp 575.280**¹⁰³, no qual o STJ assentou que o acesso à creche é um direito constitucionalmente garantido e reproduzido pelo ECA, um dever do Estado e um direito subjetivo da criança, não havendo nesse sentido discricionariedade do administrador. Ressaltou também que o princípio da “reserva do possível” não poderia ser oposto ao “mínimo existencial”¹⁰⁴.

Outras discussões foram colocadas sobre o sistema socioeducativo, especialmente sobre a possibilidade de o Poder Judiciário fazer determinações ao Executivo nesse sentido, sejam melhorias nas unidades existentes¹⁰⁵, sejam transferências diante da precariedade da unidade¹⁰⁶. Destaca-se decisão no **REsp 1.612.931**¹⁰⁷: a intervenção do Judiciário na administração pública, com a determinação de implementar plantão de 24 horas na delegacia especializada de infância e juventude, seria justificada pela CF/88, pelo ECA e pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing). No **REsp 1.653.359**¹⁰⁸, por sua vez, o STJ entendeu que seria possível a fixação de prazo para remoção de irregularidades, porque elas afrontariam a saúde e a dignidade de crianças e adolescentes cumprindo medida socioeducativa e, assim, a proteção integral que lhes é conferida. Por fim, ainda de-

terminou “atendimento especializado, e de forma individualizada, em local adequado, aos adolescentes que [...] sejam portadores de doença ou deficiência mental”¹⁰⁹.

Dentro desse grande tema, destacam-se, ainda, questões relativas à regulação, também sobre educação e saúde, e a infrações administrativas. Em termos de regulação da educação, as discussões se dão sobre fornecimento de histórico escolar, rematrícula, *homeschooling* e corte etário para matrícula. Já sobre regulação da saúde, as decisões tratam de cobertura de plano de saúde e proibição de substância em formulações¹¹⁰. Nas questões relativas a infrações administrativas, especialmente sobre a entrada e permanência de criança ou adolescente em estabelecimentos¹¹¹ desacompanhado dos pais ou responsável, o tribunal entendeu que a portaria que regula tal circunstância deve ter caráter específico e estar fundamentada, não sendo admitidas determinações de caráter geral¹¹². Em relação à participação de crianças ou adolescentes em espetáculos públicos, destaca-se a exigência do alvará autorizando a participação¹¹³. A classificação indicativa em representações, espetáculos ou outros produtos artísticos traz a discussão sobre em quem recai a responsabilidade de tal diligência e, portanto, quem incorre na infração¹¹⁴. Outras ações ainda discutem transporte e hospedagem de criança ou adolescente e descumprimento de poder familiar ou determinação do Conselho Tutelar. Por fim, decisões relacionadas diretamente à publicidade infantil são apenas duas. O destaque é o julgamento do REsp 1.613.561¹¹⁵, em que o tribunal reiterou jurisprudência construída de que é abusiva a “publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças”, sendo a decisão sobre a compra de alimentos dos pais. Ainda que tenha se debruçado poucas vezes sobre a temática, as decisões do STJ foram assertivas no sentido de que a publicidade dirigida ao público infantil, porque mais vulnerável e com discernimento incompleto, é ilegal¹¹⁶.

Fechando a temática de políticas públicas, aparecem os casos de destinação de recursos públicos, com questões sobre: competência da Vara da Fazenda Pública

para julgamento sobre aplicação de verbas para a educação¹¹⁷ e destinação de valores ao Fundo Municipal da Infância e Juventude¹¹⁸.

Na temática de **inclusão de dependente** estão agregadas discussões importantes em termos de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua prioridade absoluta. Parte expressiva da discussão envolve a possibilidade de concessão de benefícios previdenciários, especialmente pensão por morte, a crianças e adolescentes sob guarda, sendo o entendimento uniformizado no **REsp 1.411.258**¹¹⁹. Ficou assentado que seria um retrocesso deixar de equiparar a criança ou o adolescente sob guarda para fins previdenciários, porque também dependentes, afrontando a isonomia e a prioridade de proteção.

Na temática de **responsabilidade civil**, a discussão se volta para os responsáveis por atos praticados por crianças e adolescentes, que devem ser aqueles que exercem o poder familiar, independentemente de quem exerça a guarda¹²⁰ e a responsabilidade nos casos em que crianças ou adolescentes são vítimas. Destaca-se, em relação a essas situações, decisão proferida no **REsp 1.517.973**¹²¹, no qual o STJ condenou emissora de rádio e televisão por danos coletivos ao exibir programa cujo conteúdo afrontaria os direitos das crianças e dos adolescentes, “seres humanos em desenvolvimento, cuja incolumidade física, mental, moral, espiritual e social há de ser preservada com absoluta prioridade”. Também foi reprovada a divulgação de imagens e dados de adolescente, acompanhada de “expressões ofensivas”, levando à indenização por danos morais, no **REsp 1.442.083**¹²².

O grande tema **trabalhista/previdenciário** reúne discussões que se relacionam especificamente com a proteção e a regulação do trabalho exercido por criança ou adolescente. O que se observou nessas decisões é a compreensão de que deve haver políticas que proíbam o trabalho de crianças ou adolescentes, mas que se isso ocorrer de fato, que eles não fiquem desamparados. Isso se deu, por exemplo, na possibilidade de contagem de tempo de serviço para fins previdenciários de atividades exercidas antes dos 14 anos.

Por fim, decisões inseridas no grande tema tributário envolvem discussões sobre doação de pessoa física a entidades filantrópicas, incidência de imposto de renda sobre auxílio-creche e execução fiscal de entidade de assistência.

NOTAS DE RODAPÉ

42 Cf. HC 186.728, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julg. 04/04/2011.

43 Cf. HC 311.940, rel. min. Leopoldo de Arruda Raposo, Quinta Turma, julg. 10/03/2015.

44 Cf. HC 17.839, rel. min. Vicente Leal, Sexta Turma, julg. 11/12/2001.

45 Cf. HC 301.848, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 10/11/2015.

46 Cf. REsp 122.193, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 23/06/1997.

47 Cf. HC 415.295, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 14/08/2018.

48 Cf. HC 303.408, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 03/02/2015.

49 Cf. HC 117.421, rel. min. Jane Silva, Sexta Turma, julg. 16/12/2008.

50 Cf. HC 186.953, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 28/06/2011.

51 Cf. HC 252.371, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 19/03/2013.

52 Cf. HC 41.333, rel. min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julg. 02/08/2005.

53 Cf. HC 173.636, rel. min. Og Fernandes, Sexta Turma, julg. 16/09/2010.

54 Cf. HC 94.447, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 12/04/2011.

55 Cf. HC 280.478, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julg. 18/02/2014.

56 Observa-se que o §1º do art. 122 do ECA dispõe que o prazo de internação quando do descumprimento de medida anterior "não

poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada [a internação] judicialmente após o devido processo legal".

57 Cf. HC 69.265, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 06/02/2007.

58 Cf. HC 230.522, rel. min. Marilza Maynard, Quinta Turma, julg. 04/04/2013.

59 Cf. RHC 8.612, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 25/05/1999.

60 Cf. HC 45.877, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma, julg. 18/10/2005.

61 Cf. HC 129.596, rel. min. Celso Limongi, Sexta Turma, julg. 18/08/2010.

62 Cf. HC 317.549, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 05/05/2015.

63 Cf. HC 306.034, rel. min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, julg. 18/08/2015.

64 Cf. HC 337.830, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 17/11/2015.

65 Cf. HC 349.127, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 07/04/2016.

66 Cf. HC 308.964, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 08/09/2015.

67 Cf. HC 57.249, rel. min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julg. 20/09/2016.

68 Cf. HC 113.324, rel. min. Jane Silva, Sexta Turma, julg. 05/02/2009.

69 Cf. HC 287.618, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julg. 13/05/2014.

70 Cf. HC 351.732, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julg. 24/05/2016.

71 Cf. HC 346.380, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julg. 13/04/2016. Trecho do acórdão: "Logo, condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação - apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença - constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional".

72 Cf. REsp 1.127.954, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julg. 14/12/2011.

73 Cf. REsp 953.805, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 25/02/2014.

74 Cf. REsp 494.792, rel. min. Celso Limongi, Sexta Turma, julg. 02/02/2010.

75 Cf. REsp 1.480.881, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julg. 26/08/2015.

76 Cf. CC 29.886, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julg. 12/12/2007.

77 Cf. REsp 1.104.802, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 16/06/2009.

78 Cf. HC 291.439, rel. min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julg. 22/05/2014.

79 Cf. HC 143.641, rel. min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julg. 20/02/2018.

80 Cf. HC 422.235, rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julg. 12/12/2017.

81 Cf. RHC 106.377, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julg. 26/02/2019.

82 Cf. REsp 1.440.024, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 18/08/2015.

83 Cf. REsp 916.350, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 11/03/2008.

84 Cf. SEC 274, rel. min. Castro Meira, Corte Especial, julg. 07/11/2012.

85 Cf. REsp 1.172.067, rel. min. Massami Uyeda, Terceira Turma, julg. 18/03/2010.

86 Cf. HC 31.449, rel. min. Francisco Falcão, Primeira Seção, julg. 12/05/2004.

87 Cf. REsp 245.657, rel. min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julg. 25/03/2003.

88 Cf. AgRg na MC 18.329, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 20/09/2011.

89 Cf. REsp 1.239.777, rel. min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julg. 12/04/2012.

90 Cf. REsp 158.086, rel. min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julg. 06/06/2000.

91 Cf. REsp 932.692, rel. min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julg. 18/12/2008.

92 Cf. REsp 1.548.187, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julg. 27/02/2018.

93 Cf. REsp 1.608.005, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 14/05/2019.

94 Cf. CC 156.392, rel. min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julg. 25/09/2019.

95 Cf. REsp 1.265.821, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 14/05/2014.

96 Cf. REsp 1.308.666, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 06/09/2012.

97 Cf. REsp 681.012, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 06/10/2005.

98 Cf. REsp 442.693, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 17/09/2002.

99 Cf. REsp 577.836, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, julg. 21/10/2004.

100 Cf. REsp 900.487, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 13/02/2007.

101 Cf. AgRg no REsp 1.068.105, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 23/06/2016.

102 Cf. AgRg no AgRg no AREsp 685.750, rel. min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, julg. 27/10/2015.

103 Cf. REsp 575.280, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 02/09/2004.

104 Cf. REsp 1.185.474, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 20/04/2010.

105 Cf. AgRg nos EDcl na SLS 346, rel. min. Barros Monteiro, Corte Especial, julg. 16/05/2007.

106 Cf. AgRg na SLS 753, rel. min. Barros Monteiro, Corte Especial, julg. 21/11/2007.

107 Cf. REsp 1.612.931, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 20/06/2017.

108 Cf. REsp 1.653.359, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 19/10/2017.

109 Cf. REsp 970.401, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julg. 02/12/2010.

110 Cf. REsp 975.397, rel. min. Denise Arruda, Primeira Turma, julg. 10/11/2009.

111 Os estabelecimentos em questão, cuja entrada e permanência de crianças e adolescentes devem ser disciplinadas ou autorizadas pela autoridade judiciária, são "estádio, ginásio e campo desportivo", "bailes ou promoções dançantes", "boate ou congêneres", "casa que explore comercialmente diversões eletrônicas" e "estúdios cinematográficos, de teatro, rádio e televisão", conforme disposição do art. 149, inciso I, alíneas "a" a "e", do ECA.

112 Cf. REsp 1.292.143, rel. min. Teori Zavascki, Primeira Turma, julg. 21/06/2012.

113 Cf. REsp 399.278, rel. min. Garcia Vieira, Primeira Turma, julg. 07/05/2002.

114 Cf. REsp 263.283, rel. min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julg. 18/11/2003.

115 REsp 1.613.561, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. 25/04/2017. Embora este recurso tenha sido julgado pelo STJ em 2017, a publicação no Diário da Justiça Eletrônico (DJe) ocorreu apenas em 01/09/2020. Portanto, não compôs o banco de decisões, porque não apareceu no site do tribunal durante das buscas realizadas nesta pesquisa.

116 Cf. REsp 1.558.086, rel. min. Humberto Martins, Segunda Turma, julg. 10/03/2016.

117 Cf. REsp 182.549, rel. min. José Delgado, Primeira Turma, julg. 15/10/1998.

118 Cf. REsp 512.145, rel. min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julg. 28/10/2003.

119 Cf. REsp 1.411.258, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julg. 11/10/2017.

120 Cf. REsp 299.048, rel. min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, julg. 21/06/2001.

121 Cf. REsp 1.517.973, rel. min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. 16/11/2017.

122 Cf. REsp 1.442.083, rel. min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, julg. 21/09/2017.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa procurou sistematizar e dar transparência a todas as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ nos últimos 30 anos que discorrem sobre os direitos das crianças e dos adolescentes e, assim, entender a forma como eles são tratados pelos tribunais, tendo em vista a norma da prioridade absoluta.

Destacou-se, primeiro, que a temática das decisões é moldada pelo perfil do litígio que chega até o tribunal. A distribuição das decisões judiciais em categorias temáticas permitiu verificar a dinâmica do litígio colocado às cortes superiores e que pautou a interpretação dos direitos de crianças e adolescentes. A análise temporal também permitiu perceber e mensurar o impacto de novas legislações, interpretações e instituições nos casos decididos.

Os dados da pesquisa demonstram, assim, como a **prioridade absoluta é, de alguma forma, colonizada pela lógica persecutória**. Isso é revelado pela predominância de ações penais ou relativas à justiça juvenil e ao sistema socioeducativo no universo de decisões envolvendo crianças e adolescentes, somadas àquelas relativas à prisão domiciliar. E também mostra o impacto que litigantes institucionais, como Defensoria Pública e Mi-

nistério Público, geram na configuração dos temas levados ao tribunal: é a agenda dessas instituições que molda o litígio das cortes superiores.

Somado a essa questão, o conteúdo das decisões também aponta para diversos resquícios daquela que ficou conhecida como “doutrina menorista”, mesmo 30 anos após o início da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses resquícios estão ligados à dimensão simbólica relacionada à terminologia utilizada nas decisões¹²³. A reprodução mecânica de nomenclaturas não mais adequadas ao atual paradigma de proteção de crianças e adolescentes carrega as decisões com um peso de instrumentalização das crianças e adolescentes, mesmo em casos nos quais o conteúdo da decisão reconhece e aplica seus direitos. Essa postura é mais intensa, superando muitas vezes a dimensão simbólica, nas questões relativas a atos infracionais, sendo que em diversas decisões é possível perceber a subversão da prioridade absoluta e sua utilização para punir. Essa compreensão errônea parece partir de um desvirtuamento do caráter pedagógico das medidas socioeducativas previstas em lei, sob a premissa de que medidas socioeducativas de restrição de liberdade atenderiam aos interesses dos adolescentes. Isso pode refletir o resquício de uma postura assistencialista advinda do antigo Código de Menores. A ampla margem de discricionariedade aos magistrados dificulta a ruptura com essa crença.

Além disso, revelou-se que quase todas as decisões analisadas foram tomadas em litígios subjetivos. Apenas 1% das decisões relativas a crianças e adolescentes foi tomada em processos de controle abstrato de constitucionalidade. Por essa razão, além das tantas decisões proferidas pelo STJ, a interpretação conferida pelo STF igualmente esteve constricta ao conflito subjetivo de interesses nos casos concretos. Essa característica pode estar por trás do **desafio na densificação do sentido e alcance da prioridade absoluta**. Essa situação é intensificada pelos debates processuais sobre a admissibilidade de recursos especiais e, principalmente, extraordiná-

rios, que são uma barreira para o aprofundamento das decisões sobre prioridade absoluta nos tribunais. Mesmo as decisões relativas a políticas públicas, que são informadas mais diretamente pela prioridade absoluta, não conferem grande densidade normativa à expressão.


Portanto, a partir da análise das decisões e suas fundamentações, foi possível entender que, apesar do alto número de decisões proferidas, o STF e o STJ desenvolveram pouco o sentido e o alcance da prioridade absoluta e refletiram nas decisões problemas estruturais como a ínfima cultura de precedentes, o excessivo uso de monocráticas e as dificuldades que o monocratismo impõe à padronização de decisões, especialmente no STF.

Por todas essas razões, há uma dificuldade em inferir conclusões a respeito da evolução no entendimento sobre prioridade absoluta. Isso não impede, contudo, a identificação de alguns casos que, ao longo da história dos tribunais desde a nova ordem constitucional, foram paradigmáticos para a interpretação dos direitos das crianças e dos adolescentes por terem historicamente expandido o âmbito da proteção da prioridade absoluta, considerando a interpretação veiculada, o litígio no caso e suas consequências para o acervo. Essa expansão também depende do modo como as questões são enunciadas perante o tribunal: casos pautados pela prioridade absoluta provocam o tribunal a desenvolver seu sentido e alcance e têm potencial para alterar toda a dinâmica do tribunal.

A grande conclusão é que há ainda muito espaço para promover um avanço na interpretação da prioridade absoluta nos tribunais superiores. Esta pesquisa mostra os caminhos e atalhos por onde isso é possível.

NOTAS DE RODAPÉ

123 Destaca-se o uso recorrente de expressões como "menores", "menor infrator", "menor em conflito com a lei", "risco social do menor" e "situação de risco".



**A PRIORIDADE ABSOLUTA DOS
DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
NAS CORTES SUPERIORES BRASILEIRAS**