

A INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO ART. 5º DA EC Nº 109/2021 PARA OS FUNDOS DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

THE UNCONSTITUTIONAL APPLICATION OF THE 5TH ARTICLE OF EC NO 109/2021 REGARDING FUNDS FOR THE RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Denise Auad¹
Hendrick Pinheiro²



RESUMO: O artigo tem como tema a inconstitucionalidade da aplicação da regra do art. 5º da EC nº 109/2021 para os Fundos de Direito da Criança e do Adolescente. Apresenta como problema que a necessidade de proteção integral e prioritária da criança e do adolescente, direito fundamental previsto no art. 227 da Constituição Federal, seria afrontado com a aplicação do art. 5º da EC nº 109/2021 em relação ao FIA. Toma-se por hipótese que o art. 5º da EC nº 109/2021 seria inconstitucional e sua compatibilização com o ordenamento constitucional dependeria de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Para testar a hipótese, o primeiro tópico analisa a mecânica de funcionamento da regra do art. 5º da EC nº 109/2021, para demonstrar seu potencial impacto em relação ao FIA. No tópico seguinte, o objetivo é demonstrar que o FIA é instrumento para a realização do princípio da proteção integral e prioritária, e que a aplicação do art. 5º da EC nº 109/2021 representa ofensa direta à garantia constitucional prevista no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88. Na etapa final, propõe que a compatibilização do art. 5º da EC nº 109/2021 com a ordem constitucional depende da exclusão dos fundos da criança e do adolescente do seu campo de aplicação. O trabalho é produto de uma pesquisa qualitativa, exploratório-descritiva, que adota um paradigma teórico pós-positivista, realizada sobre análise bibliográfica de textos legais brasileiros e comentários doutrinários de autores nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda Constitucional nº 109/2021. Princípio da Proteção Integral. Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente. Vinculação. Orçamento da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: The article deals with the unconstitutionality of the application of the rule present in the 5th article of EC 109/2021 regarding Funds for the Rights of Children and Adolescents. The need for full and preferential protection of children and adolescents is a fundamental right provided for in art. 227 of the Federal Constitution. Therefore, it is a problem that this rule would be disrespected with the application of art. 5 of EC 109/2021 in relation to the FIA. The hypothesis is that art. 5 of EC 109/2021 would be unconstitutional and its compatibility with

¹ Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutora pelo Departamento de Ciências Jurídicas - Escola Superior de Estudos Jurídicos - da Universidade de Bolonha, no Programa de Pós-Doutorado para Doutores Ibero-americanos. Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

² Mestre e Pesquisador de Doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo.

the constitutional order would depend on a declaration of unconstitutionality without reduction of text. To test the hypothesis, the first topic analyzes the functioning mechanics of the rule of art. 5 of EC 109/2021, to demonstrate its potential impact in relation to the FIA. The following topic aims is to demonstrate that the FIA is an instrument for the realization of the principle of integral and priority protection, a fundamental right provided for in art. 227 of the CRFB, and that the application of art. 5 of EC 109/2021 represents a direct offense to the constitutional guarantee established in art. 60, § 4, IV, of CRFB/1988. In the final step, it proposes that the compatibility of art. 5 of EC 109/2021 with the current constitutional order would depend on the exclusion of funds for the protection of children and adolescents. The work is the product of qualitative, exploratory-descriptive research, which adopts a post-positivist theoretical paradigm, based on bibliographic analysis of Brazilian legal texts and doctrinal comments by national authors.

KEYWORDS: Constitutional Amendment 109/2021. Principle of Integral Protection. Funds for the Rights of Children and Adolescents. Earnmarking. Child and Adolescent Budget.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A mecânica do art. 5º da EC nº 109/2021 e seu impacto sobre os Fundos da Criança e do Adolescente. 2. Orçamento da Criança e do Adolescente e a seu papel na proteção integral com prioridade absoluta. 3. Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto para a proteção do FIA. 4. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The mechanics of 5th article of EC 109/2021 and its impact on Funds for Children and Adolescents. 2. Child and Adolescent Budget and its role in full protection as an absolute priority. 3. Partial declaration of unconstitutionality without reduction of text for the protection of the FIA. 4. Conclusion. References.

Introdução

No dia 15 de março de 2021, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 109 (EC nº 109/2021), que introduziu mudanças na estrutura das finanças públicas e, em seu art. 5º, estabeleceu que o superávit financeiro de fundos públicos do Poder Executivo poderá ser destinado à amortização da dívida pública da respectiva unidade federativa. Caso não exista dívida, as verbas superavitárias poderão ser livremente aplicadas.

Esta permissão faz acender um alerta para que as verbas contidas nos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (FIA, FECAD ou FUMCAD)³ sejam protegidas e, portanto, não sofram a incidência do art. 5º da EC nº 109/2021.

Conforme o art. 227 da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são protegidos com absoluta prioridade. Vale ressaltar

³ Geralmente as siglas que mais aparecem para fazer menção aos Fundos da Criança e do Adolescente são: FIA (Fundo da Infância e Adolescência), FECAD (Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente) ou FUMCAD (Fundo Municipal da Criança e do Adolescente).

que é apenas para o segmento infantojuvenil que a Constituição prevê, de forma expressa, o termo “absoluta prioridade”. Dessa forma, este mandamento constitucional se reflete na elaboração das políticas públicas relacionadas à criança e ao adolescente e, conseqüentemente, no ciclo orçamentário que traz lastro às ações governamentais na área.

Os Fundos da Infância e Adolescência são instrumentos essenciais para dar completude ao orçamento relacionado à proteção da criança e do adolescente (OCA). Conseqüentemente, os FIAs não podem ser atingidos pelo art. 5º da EC nº 109/2021, o qual deslocaria suas verbas para o pagamento da dívida pública. Tal medida agravaria ainda mais a situação da infância e da adolescência no Brasil, além de dismantelar toda a lógica constitucional do orçamento OCA, construído juridicamente para garantir absoluta prioridade à efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Com base no princípio constitucional da prioridade absoluta, previsto expressamente no art. 227 da CRFB/1988, as verbas do FIA não podem ser destinadas para ações ou programas desvinculados da proteção integral da criança e do adolescente, como o pagamento da dívida pública, sob pena de ferir direitos e garantias fundamentais, as quais são cláusulas pétreas conforme art. 60, § 4º, IV, da CRFB/1988.

O problema desse trabalho está assentado no potencial conflito entre a aplicação a regra do art. 5 da EC nº 109/2021 para os Fundos da Criança e do Adolescente com o art. 227 da CRFB/1988, que estabelece o princípio da proteção integral.

Nesse contexto, toma-se por hipótese que o FIA deve ser retirado do campo de incidência da norma contemplada pelo art. 5º da EC nº 109/2021. Para que este objetivo seja alcançado, o referido dispositivo deve ser mitigado por uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

No percurso para testar a viabilidade da hipótese, o artigo propõe, em um primeiro momento, uma reflexão sobre a mecânica e o conteúdo do art. 5º da EC nº 109/2021, com o objetivo de avaliar seu possível impacto sobre os Fundos da Criança e do Adolescente. Na etapa seguinte, apresenta uma análise sobre as diretrizes constitucionais que regem o princípio da proteção integral da criança e do adolescente insculpidas no art. 227 da Constituição Federal para demonstrar que a aplicação do referido dispositivo em relação ao FIA representaria supressão de direitos fundamentais, uma ofensa direta à cláusula pétrea insculpida no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/1988. Na etapa final, propõe que a regra inserida pelo constituinte reformador seja objeto de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Trata-se de artigo científico produto de uma pesquisa qualitativa, exploratório-

descritiva, que adota um paradigma teórico pós-positivista, realizada sobre análise bibliográfica de textos legais brasileiros e comentários doutrinários de autores nacionais.

1. A mecânica do art. 5º da EC nº 109/2021 e seu impacto sobre os Fundos da Criança e do Adolescente

Estabelece o art. 5º da Emenda Constitucional 109, de 15 de março de 2021:

Art. 5º Até o final do segundo exercício financeiro subsequente à data da promulgação desta Emenda Constitucional, o superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo, apurados ao final de cada exercício, poderá ser destinado à amortização da dívida pública do respectivo ente.

§ 1º Se o ente não tiver dívida pública a amortizar, o superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo será de livre aplicação.

§ 2º Não se aplica o disposto no caput deste artigo:

I - aos fundos públicos de fomento e desenvolvimento regionais, operados por instituição financeira de caráter regional;

II - aos fundos ressalvados no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.⁴

O enunciado desse artigo traz uma regra ampla e abrangente em relação aos fundos integrantes do orçamento público, excetuando sua aplicação apenas em relação aos fundos públicos de fomento e desenvolvimento regionais que estão sob responsabilidade de instituição financeira de natureza regional, bem como para aqueles que seguem o regime de vedação do art. 167, IV, da Constituição Federal (CRFB/1988).

Todos os demais fundos podem ter seu superávit utilizado para pagamento da dívida pública ou, na inexistência desta, para a livre aplicação em outras políticas ou programas de governo, distantes dos objetivos que nortearam a criação do respectivo fundo.

A *ratio juris* do art. 5º da EC nº 109/2021 é atacar a proliferação desmedida de fundos públicos que foram criados de forma desnecessária e, por essa razão, acabam pulverizando o orçamento público. Em decorrência, um volume grande de verbas fica vinculado para atender os objetivos que levaram à criação desses fundos e não pode ser direcionado para programas que foram planejados no orçamento e que cobririam ações mais importantes.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a aplicação do art. 5 da EC nº 109/2021

⁴ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021*. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

sobre os Fundos da Criança e do Adolescente representa uma inconstitucional supressão de direito fundamental. Assim, na perspectiva da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, é importante explicitar o real alcance da norma financeira contida na emenda.

O enunciado do *caput* do referido artigo autoriza, por um período determinado, a amortização da dívida pública com recursos provenientes do “superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo, apurados ao final de cada exercício”. A compreensão da disposição como um todo passa pela compreensão dos conceitos nucleares utilizados, começando pela ideia de fundo especial.

Os fundos especiais são definidos pelo art. 71 da Lei nº 4.320/1964: “[c]onstitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.⁵

Ao fazer referência ao fundo como “produto”, a legislação está qualificando juridicamente um conjunto de receitas e atribuindo a elas uma relação de finalidade na sua aplicação. Atrelar receitas a um fundo público é estabelecer como essas receitas serão utilizadas no futuro. Nas palavras de José Maurício Conti, nos fundos fontes de receitas “são destinadas para uma determinada finalidade ou para serem distribuídas segundo determinados critérios”.⁶

O art. 172 do Decreto-Lei nº 200/1967, ao tratar dos órgãos autônomos da administração pública, autoriza a criação de fundos especiais de natureza contábil, com expressa referência à possibilidade de vinculação de recursos:

§ 2º Nos casos de concessão de autonomia financeira, fica o Poder Executivo autorizado a instituir fundos especiais de natureza contábil, a cujo crédito se levarão todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extra-orçamentários, inclusive a receita própria.⁷

Vinculação é “um liame normativo (constitucional ou legal) estabelecido para a receita, unindo-a a certa despesa, órgão ou fundo”.⁸ Estabelecer a vinculação de receitas a fundo, portanto, é uma técnica financeira destinada a garantir autonomia financeira na realização de determinadas finalidades que legitimaram sua criação.

⁵ BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

⁶CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundo de Participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 76.

⁷ BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1967.

⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Royalties da Exploração de Recursos Naturais Não Renováveis: incidência e rateio federativo*. Tese (Livro Docência em Direito) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 296. 576 p.

O processo de aplicação das receitas vinculadas a fundos é mediado pela lei orçamentária, nos termos do art. 72 da Lei nº 4.320/1964. Assim, se a lei que institui o fundo estabelece uma regra de vinculação para receitas a finalidades específicas, cabe à norma orçamentária autorizar despesas que são com estas compatíveis. Nessa linha, o papel da lei orçamentária é promover a afetação – tomada como a “consagração de um determinado bem ao cumprimento de uma função de satisfação das necessidades gerais da sociedade”⁹ - de recursos de fundos especiais a finalidades compatíveis.

Note-se que a lógica do fundo especial está centrada na finalidade de realizar determinados objetivos e serviços. O processo de vincular receitas a um fundo tem o efeito de separar uma parte do produto da arrecadação e destiná-lo ao financiamento de uma necessidade pública e “atingem diretamente o legislador orçamentário, que deve considerar que os recursos que se pretende arrecadar com determinada fonte serão utilizados para fazer frente a um conjunto específico de despesas”.¹⁰

Esta necessidade de separar recursos provenientes de uma fonte de receita considera, inclusive, que alguns objetivos podem transcender um exercício financeiro. Não é por outro motivo que o art. 73 da Lei nº 4.320/1964 autoriza, como regra geral, que “o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo”.¹¹

Essa regra tem por objetivo proteger o patrimônio do fundo, garantindo que o volume de recursos destinados orçamentariamente e não gasto em determinado exercício seja transferido para o exercício seguinte.

A técnica utilizada para a proteção do patrimônio do fundo é a obrigatoriedade de transferir o saldo positivo do fundo para o exercício seguinte. Uma leitura rápida desse dispositivo poderia levar a crer que, no final do exercício, toda a receita prevista para o fundo e não utilizada fosse “devolvida” para os cofres do tesouro o qual, no exercício seguinte, a incluiria como crédito no mesmo fundo.

Segundo essa interpretação rasteira, os fundos seriam apenas uma unidade contábil-

⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos, função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 121.

¹⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PINHEIRO, Hendrick. A impossibilidade de desvinculação de receita de doação ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 59-77, p. 64, 18 ago. 2020.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

orçamentária, que recebe recursos durante o exercício para aplicá-los nas finalidades e, no final do exercício, devolve todos os recursos remanescentes ao tesouro, para que, no exercício seguinte, o saldo seja previsto novamente como receita disponível eventualmente acrescido de novos recursos. Porém, a lógica não é essa.

Nesse ponto, é importante diferenciar, na perspectiva orçamentária, o papel do fundo como fonte de receita e o patrimônio do fundo.

Na origem do fundo especial está uma regra de vinculação de receitas, que estabelece uma finalidade na qual essas receitas devem ser aplicadas. Na peça orçamentária, estabelecer o fundo como fonte de receitas para alguns gastos é autorizar que as despesas sejam financiadas tanto com recursos vinculados arrecadados durante o exercício correspondente, quanto com o saldo acumulado no patrimônio do fundo.

Quando o gasto correlato ocorre no mesmo exercício em que foram arrecadadas as receitas vinculadas, não há alteração na situação patrimonial do fundo. Porém, se as receitas superarem os gastos, haverá uma variação positiva no saldo, ao passo que se os gastos forem maiores que as receitas, haverá uma variação negativa do saldo.

Pensar o fundo como uma unidade patrimonial impõe que, ao fim do exercício, todos os recursos que entraram e saíram do fundo sejam objeto de um balanço patrimonial, que indicará a situação líquida resultante da execução orçamentária. O saldo do fundo integra sua situação líquida patrimonial, que somente é afetada com a efetiva execução de despesas que tomam os recursos do fundo com fontes de financiamento (art. 100 da Lei nº 4.320/1964).

Art. 100 As alterações da situação líquida patrimonial, que abrangem os resultados da execução orçamentária, bem como as variações independentes dessa execução e as superveniências e insubsistência ativas e passivas, constituirão elementos da conta patrimonial.¹²

Isso quer dizer que, no fim do exercício financeiro, toda a execução orçamentária, que abrange as receitas efetivamente arrecadadas e as despesas realizadas, será objeto de um balanço para saber se recursos serão incorporados ao patrimônio do fundo ou se o patrimônio diminuiu no período.

A previsão de recursos do fundo como fonte de financiamento não significa que estes são integralmente transferidos ao tesouro. Há apenas uma autorização para que os recursos

¹² BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

afetados a esta finalidade sejam utilizados para financiar gastos específicos. Caso não sejam utilizados, esses recursos permanecem no saldo do fundo e, portanto, devem ser creditados no exercício seguinte.

Esta lógica de apuração do balanço patrimonial coloca o fundo como uma unidade integrante do patrimônio do estado. Pensar o fundo como uma unidade patrimonial impõe considerar que os recursos que integram seu saldo somente são disponíveis orçamentariamente no momento da realização do gasto público. Apenas quando for efetivado o empenho, parte do saldo se converterá em receita para fins de movimentação orçamentária.

O balanço patrimonial do fundo indica quanto de recursos seguem afetados à finalidade e poderão ser indicados, no exercício seguinte, como fonte de receitas orçamentárias. Porém, como unidade patrimonial, esses recursos só “saem” do fundo se efetivamente gastos com a realização de despesas afetas à finalidade específica.

Compreender a diferença entre fundo como fonte de receita na lei orçamentária e patrimônio do fundo é fundamental para entender outro conceito insculpido no art. 5º da EC nº 109/2021, que é o chamado “superávit financeiro das fontes de recursos”.

A emenda, em tese, dá liberdade para o administrador prever os recursos provenientes do superávit financeiro como fonte de receita para o financiamento de outras atividades que não aquelas financiadas com os recursos dos fundos.

Superávit financeiro é a diferença entre ativo financeiro – recursos previstos no orçamento para financiar uma finalidade – e passivo financeiro – obrigações que devem ser financiadas com recursos do orçamento (art. 43, §2º da Lei nº 4.320/1964).

Nos fundos, ele é o resultado entre receitas de suas fontes e das despesas empenhadas e seria identificado no relatório de execução orçamentária. O art. 52 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao tratar dessa peça financeira, dispõe que no balanço orçamentário serão consideradas “a) receitas por fonte, informando as realizadas e a realizar, bem como a previsão atualizada; b) despesas por grupo de natureza, discriminando a dotação para o exercício, a despesa liquidada e o saldo”.¹³ Especificar receitas “por fonte” no balanço significa que serão consideradas na apuração do resultado aquelas que efetivamente foram arrecadadas no exercício ou, no caso do saldo dos fundos, o quanto foi utilizado do patrimônio acumulado nos exercícios anteriores.

Na medida em que despesas afetas à finalidade podem ser financiadas com receitas

¹³ BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

vinculadas ao fundo previstas e arrecadadas no orçamento corrente e receitas provenientes do saldo do fundo, o eventual superávit financeiro somente pode ser apurado confrontando as receitas vinculadas arrecadadas no exercício corrente e o montante do saldo efetivamente aplicado no exercício.

Antes da inovação constitucional discutida, eventual superávit decorrente de uma arrecadação de receitas superior às despesas que utilizam o fundo com fonte de recursos, seriam incorporadas ao patrimônio do fundo, por força do art. 73 da Lei nº 4.320/1964. Porém, no período de vigência da EC nº 109/2021, haveria, em tese, autorização para que esse superávit seja utilizado para gastos com dívida pública.

O que precisa ficar claro é que superávit financeiro considera apenas recursos “novos” arrecadados durante o exercício financeiro e não gastos na finalidade específica. O objetivo da norma é evitar que o saldo, eventualmente existente, aumente no período de emergência fiscal.

Pensar o contrário seria outorgar, pela via interpretativa, um alcance muito maior do que pretendeu o constituinte reformador. Equiparar o saldo do fundo a receitas arrecadadas em um exercício financeiro específico para fins de apuração do superávit, seria o mesmo que autorizar que todo o montante acumulado nos períodos anteriores, que formam um patrimônio de afetação, sejam “desvinculados” e utilizados para o pagamento de dívida pública. Dito com tintas fortes, computar o saldo integral, formado por superávits de vários exercícios, como receita o exercício corrente e confrontá-lo com a despesa desse único exercício tem o efeito de esvaziar o saldo dos fundos.

A EC nº 109/2021 autorizou apenas que o saldo de receitas vinculadas arrecadadas em um exercício e não aplicadas na finalidade precípua do fundo não sejam incorporadas no saldo. Ela não permitiu que os saldos fossem integral e automaticamente desafetados.

No que tange especificamente aos Fundos de Direitos da Criança e do Adolescente, a incidência do art. 5º da EC nº 109/2021 teria o impacto de desvincular parte dos recursos destinados para o fundo e não aplicados no exercício financeiro correspondente. Este impacto já é nefasto e, como se demonstrará a seguir, incompatível com o direito à proteção integral preconizado pelo art. 227 da CRFB.

Uma parcela significativa das receitas que formam o FIA é proveniente de doações de particulares, incentivada pela possibilidade de deduzir os montantes destinados no Imposto de Renda, como prevê o art. 260 do ECA. Essas doações são fruto de uma liberalidade dos particulares e contam com uma afetação direta às finalidades do fundo:

A doação de recursos ao Fumcad é classificada como doação modal ou com encargo, o que significa que o donatário (administração) está adstrito ao cumprimento do encargo decorrente do acréscimo patrimonial que recebeu, qual seja: a utilização dos recursos no financiamento de despesas atreladas à proteção da criança e do adolescente (afetação).¹⁴

Pensar que o FIA é formado, em grande parte, por recursos provenientes de doação condicional de particulares, para além de um potencial conflito emergente da utilização desses recursos para o financiamento de finalidades diversas daquelas especificadas pelo doador e, portanto, protegidas pela garantia fundamental do ato jurídico perfeito (art. 5, inciso XXXVI, da CRFB/1988), é também reconhecer que este fundo tem natureza diversa dos demais. Ele não configura uma técnica de separação e destinação de recursos que, em tese, poderiam ser afetados a outra finalidade. O FIA é um elemento para captação e gestão de novas fontes de financiamento, recursos provenientes da sociedade civil para a efetivação de um direito fundamental constitucionalmente protegido.

Estabelecer o real alcance da regra financeira presente na emenda tem o importante papel de evitar que lhe sejam atribuídos efeitos mais agressivos e deletérios que transcendem o obtivo inicial. Não exclusivamente, mas especialmente em relação ao FIA, considerar o saldo acumulado na apuração do superávit financeiro de cada exercício afetado pelo art. 5º da EC nº 109/2021, para além de uma interpretação hiperexpansiva, que afronta diretamente a sistemática de gestão patrimonial dos fundos preconizada em norma geral de direito financeiro ditada pelo art. 100 da Lei nº 4.320/1964, representaria o completo desfinanciamento de uma finalidade constitucionalmente protegida para os exercícios futuros.

2. Orçamento da Criança e do Adolescente e seu papel na proteção integral com prioridade absoluta

O legislador constitucional originário, por meio do art. 227 da CRFB/1988, registrou sua vontade de construir um sistema para a proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Esta escolha demonstra um alinhamento da Constituição Federal aos princípios da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança,

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PINHEIRO, Hendrick. A impossibilidade de desvinculação de receita de doação ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 59-77, p. 74, 18 ago. 2020.

ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n° 99.710/1990, consolidando-se, em nosso país, o paradigma da proteção integral.

Isso significou a substituição da doutrina menorista, a qual se solidificou, no Brasil, a partir da perspectiva de que as questões de infância deveriam ser tratadas com base no direito penal e assistencialista¹⁵, atingindo seu ápice com a aprovação do Código de Menores de 1979 (Lei n° 6.667/1979), que, por meio do conceito jurídico da situação irregular, propôs uma ampla institucionalização de crianças e adolescentes em condição de vulnerabilidade social a partir da crença de que a pobreza era um fator determinante para a criminalidade.

A substituição da etapa do menorismo/tutelarismo, com base no princípio da situação irregular, pelo do paradigma da proteção integral, permitiu ao Brasil tratar os problemas da infância de uma forma mais humana e pautada nas raízes dos problemas sociais¹⁶.

Reconheceu-se que o país possui uma profunda desigualdade e que a pobreza deveria ser superada dando-se ênfase à efetivação de políticas públicas sólidas e contínuas de promoção a direitos fundamentais, ou seja, a perspectiva assistencialista deveria ser superada pela perspectiva emancipatória dos direitos, com foco na causa dos problemas e com a participação da família, da sociedade e do Estado a partir de um trabalho integrado em rede.¹⁷

A perspectiva da proteção integral consolida um rol de valores, com *status* hermenêutico constitucional, que conduz a aplicação e a interpretação do novo Direito da Criança e do Adolescente. Sua lógica passa a ser interdisciplinar, com base na perspectiva de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, ou seja, podem exigir do Estado, inclusive por meio de ações judiciais, a efetivação de seus direitos fundamentais.¹⁸

Dentro desse rol de valores, também se reconhece que crianças e adolescentes estão em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e, portanto, merecem receber toda a atenção necessária para o desenvolvimento integral de seus atributos físicos, emocionais e intelectuais. O foco, portanto, da proteção constitucional aos direitos *infantojuvenis* é o desenvolvimento do ser humano a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca.¹⁹ Isso

¹⁵ RIZZINI, Irene. *O século perdido: Raízes Históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 3. ed., 3. reimpressão. São Paulo: Cortez, 2011, p. 125.

¹⁶ AUAD, Denise. *A cidadania da criança e do adolescente de acordo com a atual Constituição Federal Brasileira e com a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 44. 273 p.

¹⁷ AUAD, Denise. *A cidadania da criança e do adolescente de acordo com a atual Constituição Federal Brasileira e com a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 47. 273 p.

¹⁸ AUAD, Denise. *A cidadania da criança e do adolescente de acordo com a atual Constituição Federal Brasileira e com a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 48. 273 p.

¹⁹ AUAD, Denise. *A importância dos princípios para a efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e do*

significa promover condições de igualdade de oportunidades. Assim, o desenvolvimento integral do ser humano o torna consciente de seu lugar na sociedade e, conseqüentemente, um ser responsável pelo cuidado das próximas gerações.

Nesse mesmo sentido, consolida-se a ideia de que o melhor interesse da criança e do adolescente deve ser preservado.²⁰ Dessa forma, as ações de cuidado e proteção na infância e juventude devem ser priorizadas, assim como seus direitos fundamentais, inclusive como metas a serem consolidadas por políticas públicas sólidas.

Portanto, a efetivação desses valores de natureza constitucional que trazem significado hermenêutico à aplicação do Direito da Criança e do Adolescente dependem da construção de um sistema de garantias com base em instituições sólidas que trabalhem em rede e de forma interdisciplinar, mediante políticas públicas que tenham lastro em um ciclo orçamentário consistente e de longo prazo.

A lógica constitucional da absoluta prioridade tem reflexos no processo de elaboração das políticas da criança e do adolescente e, por via de consequência, espelha impactos no ciclo orçamentário que embasa a atuação na área. É por esse motivo que o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, ao dar densidade normativa ao conceito constitucional de proteção integral com prioridade absoluta, estabelece que este princípio compreende a garantia de preferência na formulação e execução de políticas sociais públicas, assim como a destinação privilegiada de verbas orçamentárias para a proteção da infância e juventude.

Dentro dessa lógica, a construção da política pública de atendimento aos direitos infantojuvenis é diferenciada e pautada em princípios específicos que se desmembram do preceito constitucional de proteção integral com prioridade absoluta. Assim, o Direito da Criança e do Adolescente tem, em sua base hermenêutica, o reconhecimento de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, o respeito à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, bem como a proteção de seu melhor interesse.

A base jurídica do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente encontra-se na Resolução nº 113 de 2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA. Por meio dessa resolução, os órgãos públicos e as entidades da

Adolescente, em especial do Princípio da Dignidade Humana sob o enfoque da Alteridade. *In*: AUAD, Denise; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de (org.). *Direitos Humanos: Democracia e Justiça Social: Uma Homenagem à Professora Eunice Prudente – da militância à academia*. São Paulo: Ed. Letras Jurídicas, 2017, p. 361 – 386, p. 375.

²⁰ PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Prefácio. *In*: _____. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5-7.

sociedade civil que fazem parte do sistema devem atuar de forma estratégica e articulada a partir de três eixos de ação: a defesa, a promoção e o controle da efetivação dos direitos humanos.

O sistema de garantias demanda uma lógica orçamentária mais complexa, que dê suporte a políticas públicas de promoção a direitos fundamentais permeadas pelo princípio da prioridade absoluta conforme art. 227 da CRFB/1988. Nesse sentido, programas governamentais de atendimento à criança e ao adolescente encontram-se em diversas rubricas orçamentárias de diferentes Ministérios e Secretarias de Governo em todos os níveis da Federação.

No intuito de tornar mais compreensível o entrelaçamento dessas diversas rubricas orçamentárias, a Fundação ABRINQ pelos Direitos da Criança e do Adolescente, juntamente com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) desenvolveram a partir de 2005 a metodologia do orçamento criança e adolescente (Metodologia OCA).

A metodologia OCA permite comparar programas de várias pastas governamentais relacionados ao atendimento direto de crianças e adolescentes, bem como ações que beneficiam famílias e o entorno e, portanto, também atingem o interesse infantojuvenil, mesmo que indiretamente. A metodologia também busca construir índices para que se verifique se há defasagens entre o *quantum* que foi previsto na rubrica orçamentária para a realização de um determinado programa e o valor efetivamente executado. É, portanto, uma importante ferramenta para o controle do orçamento, pois traz índices mais sólidos e mais organizados para que se possa medir com mais precisão, o esforço direcionado pelos governos para o atendimento das necessidades infantojuvenis.²¹

Os índices de análise da metodologia OCA estão em constante aprimoramento. Atualmente, estão alinhados com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU (ODS), os quais propõem metas que subsidiam políticas públicas de superação de desigualdades a partir da atuação conjunta dos países.

Portanto, a construção da política pública de atendimento ao segmento infantojuvenil, de natureza intersetorial e interdisciplinar, conta com o desafio de planejar estratégias coordenadas, evitando-se a sobreposição de tarefas entre as diferentes pastas de governo, bem como o desperdício dos recursos. Além disso, o atendimento ao princípio da

²¹ ABRINQ. *De olho no orçamento da criança*. 2. ed. São Paulo: Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente, 2017, p. 5-60.

proteção integral exige o planejamento de ações de longo prazo, com metas a serem atingidas periodicamente, as quais perdurem mesmo durante governos avessos às causas sociais.

Segundo o art. 87 da Lei nº 8.069/1990 (ECA), são linhas de ação da política de atendimento:

I - políticas sociais básicas; II - serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social de garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências; III - serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; IV - serviço de identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos; V - proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente; VI - políticas e programas destinados a prevenir ou abreviar o período de afastamento do convívio familiar e a garantir o efetivo exercício do direito à convivência familiar de crianças e adolescentes; VII - campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.²²

Vale ressaltar que, pelo fato de o Brasil ser um Estado Federal, os desafios se estendem para que articulação dos programas respeite as regras de repartição constitucional de competências entre a União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios. Segundo o art. 227, § 7º, da CF/1988, no atendimento dos direitos da criança e do adolescente deve-se aplicar o disposto no art. 204 da CF/1988, ou seja, a política pública seguirá o princípio da descentralização político-administrativa, na qual a coordenação e as normas gerais cabem à esfera federal, mas a coordenação e a execução dos respectivos programas ficam a cargo das esferas estaduais e municipais. Além disso, haverá participação popular na formulação e no controle das políticas públicas em todas as esferas federativas por meio de organizações representativas.

O ECA regula a participação da sociedade civil no processo de gestão das políticas públicas em seu art. 88, II, no qual estabelece a criação de conselhos em todos os níveis da federação, com poderes deliberativos e controladores, mediante a participação paritária de representantes do governo e da sociedade civil. Os conselhos de direitos também estão previstos no eixo do controle do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, segundo o art. 21 da Res. 113/2006 do CONANDA.

O papel dos conselhos de direitos na construção do arcabouço das políticas públicas de proteção integral é essencial. Por meio do debate entre a sociedade civil e o governo, é possível prever, de forma mais democrática, um desenho de políticas públicas mais próximo

²² BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

das necessidades sociais. Cabe aos conselhos de direitos mapear a realidade infantojuvenil para, então, subsidiar a construção do orçamento OCA com mais consistência entre as diversas pastas de governo, inclusive zelando para que não ocorra a repetição de programas em pastas de diferentes secretarias.²³

Dessa forma, o mapeamento da realidade infantojuvenil em cada unidade federativa, feita por seu respectivo conselho de direitos, é instrumento que subsidiará a construção do ciclo orçamentário OCA no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual.

Além disso, o mapeamento também é um importante instrumento para detectar a necessidade de ações complementares e emergenciais ao ciclo orçamentário. Para cobrir essa necessidade, o art. 88, IV, da Lei nº 8.069/1990 estabeleceu a criação de fundos, também em todos os níveis da federação, vinculados à deliberação de seu respectivo conselho de direitos. É com essa lógica jurídica engenhosa que se constrói um ciclo orçamentário consistente para dar lastro ao Sistema de Garantia dos Direitos e proporcionar, então, proteção integral, com absoluta prioridade à criança e ao adolescente conforme determina o art. 227 da Constituição.

Segundo a Res. 137 do CONANDA, a qual dispõe sobre os parâmetros para a criação e o funcionamento dos fundos nacional, estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente (FIA/FECAD/FUMCAD), podem compor as receitas dos fundos:

Art. 10 Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ter como receitas:

- I - recursos públicos que lhes forem destinados, consignados no Orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive mediante transferências do tipo “fundo a fundo” entre essas esferas de governo, desde que previsto na legislação específica;
- II - doações de pessoas físicas e jurídicas, sejam elas de bens materiais, imóveis ou recursos financeiros;
- III - destinações de receitas dedutíveis do Imposto de Renda, com incentivos fiscais, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações pertinentes.
- IV - contribuições de governos estrangeiros e de organismos internacionais multilaterais;
- V - o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente; e
- VI - recursos provenientes de multas, concursos de prognósticos, dentre outros que lhe forem destinados.²⁴

²³ AUAD, Denise. *Conselhos e Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 82. 213 p.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução nº 137, de 21 de janeiro de 2010*. Dispõe sobre os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.escoladeconselhospe.com.br/site/livro/resolucao-no-137-conanda/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

Grande parte das verbas dos Fundos de Infância é proveniente de doações, especialmente de pessoas físicas e jurídicas que obtêm uma dedução no imposto de renda (IR) com a doação. Segundo o art. 260 do ECA, as pessoas jurídicas podem obter até 1% de dedução no IR, mas devem ser tributadas com base no lucro real. O limite de dedução para pessoas físicas é de 6%. Caso a pessoa física opte por efetuar a doação no momento da declaração do IR, ficará sujeita ao limite de 3% de desconto. As doações são feitas ao Fundo da unidade federativa escolhida pelo doador (arts. 260, I e doações 260-A, III do ECA).

O melhor termo para essas contribuições não é exatamente doação, mas doação incentivada ou subsidiada, na medida em que a pessoa física ou jurídica recebe uma dedução fiscal pelo fato de terem escolhido direcionar verbas para políticas de proteção à criança e ao adolescente. Ocorre, assim, uma participação da sociedade na escolha e fiscalização desta política pública.

As verbas dos fundos estão, por conseguinte, vinculadas a políticas de proteção infantojuvenil. Essa vinculação é ainda mais forte no caso das doações incentivadas, pois a pessoa física ou jurídica optou por despender seu dinheiro para essa finalidade e, desse modo, deve ter sua vontade protegida juridicamente.

Portanto, o estudo do arcabouço constitucional que dá suporte à lógica orçamentária que embasa a efetivação de políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente demonstra que a norma contida no art. 5º da Emenda Constitucional 109/2021, a qual permite a utilização do *superávit* de fundos públicos para pagamento da dívida pública e, na ausência de dívida, para livre aplicação em outra finalidade, não pode estender seu campo de incidência para os Fundos da Infância, na medida em que seus efeitos sobre o FIA diminuiriam a efetivação de direitos fundamentais para o segmento infantojuvenil e, conseqüentemente, comprometeria a vontade do legislador constituinte originário de garantir prioridade absoluta à criança e ao adolescente. A emenda constitucional, conseqüentemente, fere cláusula pétrea contida no art. 60, § 4º, IV, da CF/1988.

Vale ressaltar que estamos vivendo um período de pandemia, no qual inúmeras crianças e adolescentes estão sofrendo situações de privação e acirramento da condição de pobreza. Além disso, com o fechamento das escolas por um longo período e dificuldade de acesso digital para o acompanhamento das aulas à distância por muitas famílias, meninas e meninos carregarão *déficits* educacionais por longos períodos, difíceis de serem superados. Isso significa que a desigualdade social está se ampliando no país. Nesta conjuntura, seria uma

ofensa ainda mais grave aos valores constitucionais de proteção à dignidade humana retirar verbas do FIA para destiná-las à amortização da dívida pública.

Segundo o art. 260, § 2º, do ECA:

Os conselhos nacional, estaduais e municipais dos direitos da criança e do adolescente fixarão critérios de utilização, por meio de planos de aplicação, das dotações subsidiadas e demais receitas, aplicando necessariamente percentual para incentivo ao acolhimento, sob a forma de guarda, de crianças e adolescentes e para programas de atenção integral à primeira infância em áreas de maior carência socioeconômica e em *situações de calamidade*.²⁵ (grifos nossos)

Os fundos da infância também são instrumentos orçamentários relevantes para a construção de políticas estratégicas de reconstrução de direitos fundamentais em situação de calamidade e, portanto, devem ser protegidos e potencializados.

A seguir, será apresentada a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como técnica de decisão do mecanismo de controle de constitucionalidade a fim de se garantir que o campo de incidência do art. 5º da EC 109/2021 não se estenda para os fundos da infância.

3. Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto para a proteção do FIA

Como demonstrado na primeira etapa desse trabalho, o art. 5º da EC 109/2021 traz uma redação muito genérica e coloca dentro do mesmo espectro normativo fundos públicos que possuem natureza jurídica e finalidade diversas. Excepciona de seu âmbito de incidência apenas fundos públicos de fomento e desenvolvimento regionais e aqueles que são regulados conforme o art. 167, IV, da CF/1988, ou seja, cuja receita de impostos esteja vinculada por meio da repartição constitucional do produto da arrecadação, ou destinada para ações e serviços públicos de saúde, para a manutenção e desenvolvimento do ensino, para a realização de atividades da administração tributária e para a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita.

Inúmeros fundos públicos se consolidaram na ordem constitucional de 1988, alguns com grande relevância, como é o caso do Fundo da Infância e Adolescência (FIA), mas outros

²⁵ BRASIL. *Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

que desnaturam a organização estratégica do orçamento público, ao vincularem verbas para determinadas finalidades que são menos importantes do que determinadas rubricas orçamentárias contidas na LOA. Essa situação gerada pelo excesso de fundos públicos desconectados, inclusive com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, traz como consequência o empobrecimento de verbas públicas e sua escassez para finalidades mais urgentes de interesse público.

Todavia, essa lógica não se aplica aos Fundos da Infância, na medida em que a utilização de verbas em políticas públicas para a criança e o adolescente está pautada no princípio da proteção integral com prioridade absoluta, conforme expressa previsão do art. 227 da CF/1988.

O art. 5º da EC 109/2021 pode ser considerado constitucional quando aplicado aos fundos públicos que prejudicam a estratégia do orçamento, mas é inconstitucional se atingir o Fundo da Infância e Adolescência. Para que o FIA seja retirado da hipótese de incidência dessa norma, a melhor técnica de controle de constitucionalidade é a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Com a complexidade do ordenamento jurídico, as técnicas de controle de constitucionalidade evoluíram para alcançar decisões intermediárias que pudessem preservar aspectos constitucionais das normas, evitando o resultado binário constitucionalidade/inconstitucionalidade.

Constata-se, portanto, que, a despeito da adoção do dogma da nulidade das leis inconstitucionais como regra, o Supremo Tribunal Federal adota *técnicas de decisão intermediárias*, por meio das quais produz comandos que se colocam entre a declaração de inconstitucionalidade, com a nulidade da norma, e o reconhecimento da constitucionalidade da lei. Tais técnicas intermediárias de decisão procuram conservar o ato normativo impugnado ou minimizar os impactos adversos que decorreriam do reconhecimento da sua nulidade plena.²⁶

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma espécie de técnica de decisão intermediária sendo adequada ao caso para se evitar a nulidade integral do art. 5º da EC 109/2021:

Quando a ação de inconstitucionalidade impugna a aplicação da norma em determinada situação, o Tribunal, ainda que reconhecendo a inconstitucionalidade da aplicação nesta situação, pode preservá-la por admitir sua aplicação em outras situações. Nesses casos, há a declaração parcial de nulidade sem redução de texto. A nulidade, bem vistas as coisas, é da aplicação da norma na situação proposta, sendo,

²⁶ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 295-334, p. 300, jun. 2019.

por isso, necessário preservar o texto diante da aplicabilidade da norma em situações diversas.²⁷

Com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, a norma continua válida no ordenamento jurídico com sua redação literal, mas seu âmbito de aplicação é reduzido para retirar fato ou situação que não se compatibiliza com a ordem de valores constitucional. Assim, com a aplicação de técnica de decisão intermediária de controle de constitucionalidade, pode-se preservar a *ratio juris* do art. 5º da EC 109/2021 de modo que não se atinjam os Fundos de Infância.

Neste artigo, usa-se a expressão declaração de *inconstitucionalidade* parcial sem redução de texto ao invés de declaração de *nulidade* parcial sem redução de texto. Prefere-se o termo *inconstitucionalidade* para que a expressão fique de acordo com a redação do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Por muito tempo, a jurisprudência do STF equiparou a técnica da interpretação conforme a constituição com a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, mas, na medida em que o controle de constitucionalidade está sendo profundamente aprimorado no Brasil, as técnicas de decisão intermediária também ganham mais solidez e autonomia, a ponto, inclusive, de estarem previstas de forma separada na Lei nº 9.868/1999. Estabelece o parágrafo único do art. 28 da referida lei:

A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a *interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.²⁸ (Grifos nossos)

A interpretação conforme a constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto são institutos jurídicos próximos quanto ao objetivo de preservar a norma quando for possível encontrar sentidos que são compatíveis com a Constituição. Todavia, estão paulatinamente consolidando suas próprias especificidades enquanto modalidades de técnica de decisão na jurisdição constitucional.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 910-1386, p. 1249.

²⁸ BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Presidência da República, 1999.

Na interpretação conforme, o órgão decisor admite a constitucionalidade da norma desde que aplicada com o sentido e alcance estabelecido pelo julgador. Na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, o órgão julgador mantém válida a redação da norma, mas exclui de sua hipótese de incidência situação ou fato que se apresentam conflitantes com a ordem constitucional.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão...

A decisão proferida na ADI 491 parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à *declaração de nulidade sem redução de texto*, passando a deixar explícito, no caso da declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas *hipóteses de aplicação*, constantes do programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas.²⁹

A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto do art. 5º da EC 109/2021 tem como base ofensa a cláusula pétreia contida no art. 60, § 4º, IV, da CF/1988, ou seja, os direitos e garantias fundamentais, na medida em que a utilização do *superávit* do Fundo da Infância e Adolescência para pagamento da dívida ou para outra finalidade diminuiria e até poderia abolir a proteção de direitos fundamentais de crianças e adolescente, pois retira verbas orçamentárias que seriam destinadas a políticas públicas de proteção e de fomento a necessidades infantojuvenis. Há um ataque direto, portanto, aos princípios constitucionais da proteção integral com absoluta prioridade.

As cláusulas pétreas representam a identidade de uma determinada ordem constitucional e, portanto, uma limitação ao Poder Constituinte Derivado Reformador. Assim, se uma emenda constitucional, a qual é fruto do poder de reforma, tende a diminuir o alcance de uma cláusula pétreia, pode ser objeto de controle de constitucionalidade.

O enunciado contido no art. 60, § 4º, IV, dispõe: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV- os direitos e garantias *individuais*” (grifos nossos).³⁰ Todavia, este dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática com a Constituição para que o núcleo de intangibilidade ao poder de reforma não se restrinja apenas aos direitos fundamentais de primeira geração ou direitos de liberdade. Nesse sentido:

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1001-1341, p. 1269.

³⁰ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2021.

[...] introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no §4º do art. 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos...não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.³¹

Não há sentido em restringir o alcance de proteção pétrea apenas aos direitos individuais, pois tal raciocínio macula a própria essência da Teoria dos Direitos Fundamentais que não estabelece grau hierárquico entre as gerações de direitos fundamentais. A própria Constituição não faz distinção de *status* em relação a essas gerações e expressamente determina no art. 5º, § 1º, que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, os direitos fundamentais presentes ao longo de todo corpo constitucional e não apenas no Título II, incluídos neste rol os direitos sociais, coletivos, de nacionalidade e políticos devem ser considerados cláusula pétrea.

Ingo Sarlet também defende uma interpretação mais ampliada para a redação do art. 60, § 4º, IV, da CF/1988:

[...] os direitos fundamentais, expressa e/implicitamente reconhecidos pelo constituinte de 1988, estejam situados no Título II ou em outras partes do texto constitucional, constituem sempre limites materiais expressos ou implícitos à reforma constitucional.³²

Pode-se concluir, então, que o art. 5º da EC 109/2021 deve passar pelo crivo do controle de constitucionalidade a fim de que, por meio da declaração parcial de constitucionalidade sem redução do texto, o Fundo da Infância e Adolescência (FIA) seja retirado de sua hipótese de incidência.

O Brasil é um país com desigualdades sociais muito graves. Em 2018, o UNICEF publicou um relatório denominado *Pobreza na infância e na adolescência*, no qual demonstrou que seis em cada dez crianças e adolescentes vivem na pobreza no Brasil.

Os dados foram baseados na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2015 e apresentou análises segmentadas com base no gênero, idade, raça e região. Não foi possível analisar as condições de crianças e adolescentes indígenas e amarelos pelo fato de não constarem no PNAD 2015.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 579-580.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 99-167, p. 151.

O relatório é inovador porque, para considerar a questão da pobreza, não utilizou como parâmetro apenas a insuficiência de renda das famílias, mas a privação de crianças e adolescentes a direitos fundamentais. Esse conceito foi denominado de “privações múltiplas”. As dimensões de direitos fundamentais analisadas neste relatório para a construção do conceito de privações múltiplas foram educação, informação, proteção contra o trabalho infantil, moradia, água e saneamento. Os resultados são alarmantes:

[...] 61% das crianças e dos adolescentes brasileiros são pobres, seja porque estão em famílias que vivem com renda insuficiente – pobreza monetária –, seja porque não têm acesso a um ou mais direitos – privações múltiplas [...].

São 18 milhões de meninas e meninos (34,3%) afetados pela pobreza monetária – com menos de R\$ 346,00 *per capita* por mês na zona urbana e R\$ 269,00 na zona rural. Desses, 6 milhões (11,2%) têm privação apenas de renda. Ou seja: mesmo vivendo na pobreza monetária, têm os seis direitos analisados garantidos. Já os outros 12 milhões (23,1%), além de viverem com renda insuficiente, têm um ou mais direitos negados – estando em privação múltipla.

A esses 12 milhões, somam-se mais de 14 milhões de meninas e meninos que não são monetariamente pobres, mas têm um ou mais direitos negados. Juntos, eles representam quase 27 milhões de crianças e adolescentes brasileiros com privações múltiplas, sem a garantia de seus direitos fundamentais. Eles são praticamente metade (49,7%) da população brasileira de até 17 anos.³³

É preciso refletir que, se esses dados já demonstram um quadro gravíssimo de vulnerabilidade da infância e juventude brasileira com base no PNAD 2015, mais preocupante ainda é o cenário atual, com as consequências advindas da pandemia de Covid-19 que assolou o mundo inteiro.

O prazo para a utilização do *superávit* dos fundos públicos, conforme a EC 109/2021, no pior dos cenários, é até dezembro de 2023³⁴. Até lá, não há qualquer indício de que a realidade infantojuvenil brasileira poderá melhorar, muito pelo contrário, o cenário é de progressiva piora.

Os fundos da infância, portanto, devem ser protegidos. Sua utilização para outra finalidade que não seja a proteção das necessidades da criança e do adolescente é medida de grave desumanização. O caminho deve ser outro, ou seja, estimular esses fundos para potencializar ações de melhoria à proteção aos direitos fundamentais infantojuvenis e transformá-los, inclusive, em fontes de superação das mazelas decorrentes da pandemia.

³³ UNICEF Brasil. *Pobreza na infância e na adolescência*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/pobreza-na-infancia-e-na-adolescencia>. Acesso em: 29 jul. 2021.

³⁴ A redação do enunciado do art. 5º da EC 109/2021 permite mais de uma interpretação sobre o tempo em que irradiará seus efeitos. Ao fazer referência ao “segundo exercício financeiro subsequente”, o dispositivo não deixa claro se a vigência termina em dezembro de 2022 ou dezembro de 2023.

4. Conclusão

A Emenda Constitucional 109/2021 nasceu como uma alternativa para garantir flexibilidade para a gestão orçamentária em tempos de crise. Ao possibilitar a utilização do *superávit* financeiro dos fundos para o pagamento de dívida pública, no período de sua vigência, o legislador constituinte derivado não está outorgando a autorização para que todo o saldo acumulado no período seja desviado para esta finalidade. O objetivo é assegurar que, no período de crise, o montante de recursos vinculados arrecadado e não gasto em determinado exercício não seja acumulado.

Contudo, mesmo essa leitura contextual e limitada proposta, que estabelece os devidos limites à autorização outorgada aos gestores pelo legislador constituinte derivado, quando aplicada aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente, representa uma latente inconstitucionalidade.

As políticas públicas para o atendimento dos direitos da criança e do adolescente estão respaldadas pelo princípio da proteção integral com prioridade absoluta, conforme o art. 227 da CF/1988. Não é possível garantir proteção integral sem que se defenda todo o ciclo orçamentário que embasa a implementação dessas políticas públicas. Nesse sentido, há ofensa à cláusula pétrea do art. 60, §4º, IV, da CF/1988 se os fundos da infância forem utilizados para pagamento da dívida pública ou para outra destinação desconectada da proteção da criança e do adolescente.

Por esse motivo o teor do art. 5º da EC 109/2021 não pode ser aplicado aos Fundos da Infância e, para isso, pode ser objeto de uma declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Referências

ABRINQ. *De olho no orçamento da criança*. 2. ed. São Paulo: Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente, 2017. Disponível em: <https://www.fadc.org.br/sites/default/files/2019-03/de-olho-no-orcamento-crianca.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

AUAD, Denise. *A cidadania da criança e do adolescente de acordo com a atual Constituição Federal Brasileira e com a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004. 273 p.

AUAD, Denise. A importância dos princípios para a efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, em especial do Princípio da Dignidade Humana sob o enfoque da Alteridade. In: AUAD, Denise; OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de (org.). *Direitos Humanos: Democracia e Justiça Social: Uma Homenagem à Professora Eunice Prudente – da militância à academia*. São Paulo: Ed. Letras Jurídicas, 2017, p. 361 – 386.

AUAD, Denise. A interface dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente com a democracia participativa e as políticas públicas de longo prazo: desafios e perspectivas. In: SOUZA FILHO, Rodrigo de; SANTOS, Benedito Rodrigues dos; DURIGUETTO, Maria Lúcia (org.). *Conselhos dos Direitos: desafios teóricos e práticos das experiências de democratização no campo da criança e do adolescente*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2012, pp. 361 – 386.

AUAD, Denise. *Conselhos e Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2007. 213 p.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos Tribunais – Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.46, n. 146, p. 295-334, jun. 2019. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2020/01/Papel-criativo-dos-tribunais.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Resolução nº 137, de 21 de janeiro de 2010*. Dispõe sobre os parâmetros para a criação e o funcionamento dos Fundos Nacional, Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e dos Direitos da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.escoladeconselhospe.com.br/site/livro/resolucao-no-137-conanda/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 109, de 15 de março de 2021*. Altera os arts. 29-A, 37, 49, 84, 163, 165, 167, 168 e 169 da Constituição Federal e os arts. 101 e 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964*. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

CONTI, José Maurício. *Federalismo Fiscal e Fundo de Participação*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 3. ed., ver e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de constitucionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 910-1386, p. 1249.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PINHEIRO, Hendrick. A impossibilidade de desvinculação de receita de doação ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 59-77, 18 ago. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens públicos, função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1001-1341.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Prefácio. In: _____. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 5-7.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: Raízes Históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 3. ed., 3. reimpressão. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAFF, Fernando Facury. *Royalties da Exploração de Recursos Naturais Não Renováveis: incidência e rateio federativo*. Tese (Livre Docência em Direito) Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. 576 p.

UNICEF Brasil. *Pobreza na infância e na adolescência*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/relatorios/pobreza-na-infancia-e-na-adolescencia>. Acesso em: 29 jul. 2021.

Recebido em: 09/08/2021
1º parecer em: 13/08/2021
2º parecer em: 08/09/2021