

PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

LEVANDO OS DIREITOS DAS CRIANÇAS A SÉRIO:
a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor
interesse da criança

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Emérito Dr. Dalmo de Abreu Dallari

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

PEDRO AFFONSO DUARTE HARTUNG

LEVANDO OS DIREITOS DAS CRIANÇAS A SÉRIO:
a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor
interesse da criança

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Emérito Titular Dr. Dalmo de Abreu Dallari.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP

2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Hartung, Pedro Affonso Duarte

Levando os Direitos das Crianças a Sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança ; Pedro Affonso Duarte

Hartung ; orientador Dalmo de Abreu Dallari – São Paulo, 2019.

522

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. direito da criança. 2. prioridade absoluta. 3. teoria dos princípios.
4. comunidade plural de intérpretes. I. Dallari, Dalmo de Abreu, orient.
II. Título.

Dedicatória

*À Vania, Kleber, Marianne e Karolinne,
minha caleidoscópica família.*

Agradecimentos

A escrita desta tese me levou às paragens mais inesperadas. Desde as prazerosas descobertas nas conversas, leituras e aulas feitas em diferentes Universidades ou centros de pesquisa pelo mundo, até ao mais íntimo das minhas próprias reflexões ao longo desses mais de 5 anos de pesquisa, as linhas aqui escritas ressoam parte da minha própria história, formada pelos encontros, e desencontros, com muitas ideias e, também, com muitas e significativas pessoas.

Agradeço ao meu orientador – Prof. Dalmo Dallari – pela sempre paciente e atenciosa disponibilidade, pelos conselhos e ensinamentos, não só acadêmicos, como também de vida dedicada aos direitos humanos e à democracia brasileira. Em um encontro que começou antes mesmo das aulas de direito nas arcadas da São Francisco – pelo livro ‘O direito da criança ao respeito’ – agradeço a oportunidade de compartilhar tantas boas memórias.

À minha mãe – Vania – agradeço o imenso amor depositado não só a mim, mas ao estudo e ao conhecimento, que, por meio de seu exemplo vivo de noturnas e enredadas leituras de poemas e livros ou apoio para a escrita de histórias, ascendeu minha paixão pelo saber. Ao meu pai – Kleber – agradeço o exemplo da inventividade para encontrar caminhos de conserto para tudo e qualquer coisa, que, permeadas por histórias fantásticas, marcaram em mim a curiosidade dos porquês da vida e do mundo. Às minhas irmãs e amigas Marianne e Karolinne, mulheres que em suas qualidades tão diferentes e tão complementares, desenvolveram em mim habilidades únicas, formadoras e essenciais para todas as dimensões da minha vida. À minha Vó Carmita, que entre cigarras e formigas, ensinou-me o valor do trabalho, da ética e de uma boa batata frita.

Às crianças da minha vida – Katherine, Davi, Fabrizio, Amali, Bianca, Helena e Vinícius – o prazer de fazer parte, desde o começo, de suas histórias.

Ao Arthur e Severino – irmãos, amigos e companheiros do 3º e 5º andar – por todos esses anos e histórias compartilhadas de vida, inclusive acadêmica franciscana. Também a sempre querida e presente Família Estendida – Antonio

Pedro e Talita, Bruno, Caio e Natália (e João), Daniel e Sheila (e Martim), Katilita e Severus, Luíza, Mariana, Nathalia e Tiarreh lua prateada – a companhia e aventuras de todos esses anos no Guarazinho ou Castellabate, além do apoio em todos os projetos, planos e sonhos.

Também à Tia Cristina e Gabriela, por me acolherem novamente em São Paulo e pelas boas viagens e aventuras da “farra do boi” italiana às vielas espanholas. À Evinha e Tia Núbia, pelas conversas sobre a vida e o que há para além dela.

Aos amigos de Campinas – Mariana, Fabrizio e Patrícia, Andrea, Flora, Olívia – e todos aqueles que me ensinaram o valor do voluntariado contra fome infantil desde os 14 aos 24 anos ou me acompanham desde um Porto Seguro – Bruno, Chico, Guilherme, Kirsten, Nathalia, Vitor e Patrícia.

Aos companheiros do Alana – Isabella pelos ensinamentos e invariável confiança, parceria e amizade, Ana pela abundante inspiração e visão de futuro profunda e comprometida, e Marcos pela mentoria e criatividade positiva que nos faz alçar voos cada vez mais altos – que me deram raízes e asas nesses quase 12 anos de trabalho para honrar a criança e seus direitos. Também à Carolina, Carlos, Clézia, David e Renata, Ekaterine, Érika, Estela, Flávia, Gandhi e Ana, Guilherme, Guga, JP, Josi, Julia, Kleverson, Laís, Laura, Lilian, Livia, Luana, Luiza, Marina, Mayara, Marcelo, Myrian, Nilceia, Renata, Renato, Tamara, Thaís, Vanda e a minha querida Vilmaria, por sonharmos juntos novos caminhos para as infâncias brasileiras e mundiais.

À Nathalie Fragoso, que desde o primeiro dia de aula na Turma 180, permitiu que eu fosse mais que amigo, companheiro de sonhos e lutas pelos direitos humanos nos seminários de filosofia, na Clínica Luiz Gama, no HC coletivo e tantos outros momentos inesquecíveis.

Ao Guilherme Palu, amigo, irmão e conselheiro acadêmico em terras brasileiras e germânicas. Obrigado por todas as longas conversas, explicações e pela leitura atenta de alguns destes capítulos. Sua determinação e dedicação à academia são fontes sempre de inspiração e admiração.

Aos amigos que a Alemanha de 2011 e a Sanfran me presentaram, onde minha trajetória em pesquisa sobre os direitos da criança foi iniciada – Amanda, Gabriel e Belisa, Gabriele, Jéssica, Leo, Letícia, Lucas, Ricardo, Martina e José. Ao Prof. Calixto por toda orientação e ensinamentos.

À GRES IVV – André, Bruno, Gabriel, Ivan, João, Mário, Pedro – pelos anos de convivência e amizade no caldeirão do centro de São Paulo.

À Bancada Ativista – Beatriz, Caio, Carô, Carlota, Dani, Mariana, Marina, Telles, Markun, Ricardo, Zé – e tantos outros que sonham pela profunda política das pessoas, causas e comunidades.

À Elizabeth Bartholet, Professora da *Harvard Law School*, que me acolheu de forma tão generosa como Visiting Researcher do Graduate Program no ano acadêmico 2016/2017, desafiando meus pressupostos e conceitos sobre tantos temas. Também aos colegas do *Child Advocacy Program*, com os quais tive a honra de dividir reflexões e estudos sobre a proteção da criança.

À Thais Gasparian, amiga e companheira de incontáveis horas e noites nas bibliotecas de Harvard: Widener, Lamont, Langdell, Gutman e todas as salas (e diálogos) que aventurosamente abrimos.

Aos amigos que a *Harvard Law School* me trouxe – Daniel e Camila, Erik e Isabela, Maíra e Ramiro (Team HLS) – como também Lilian, Fernando, André, Bruno, Julia, Laura, Luana, Lionel, Rafael, Maitê e Uri.

Ao Consenso de Birigui – Andre, Anna, Bruno, Flávia, Laura, Marco, Rafael e Eduardo – pela amizade e desafiadores diálogos em tempos intensos da nossa democracia. Também ao Flávio que, com sua generosidade e afiada análise crítica, acompanhou-me nesta tese com leituras dos capítulos, conversas e reflexões várias.

Ao GVA Cuore – Alex, Gladys, Pia, Rebeca, Rodrigo e Natalia, Thaís e Miguel – pela amizade global criada nos mágicos meses de Genebra e suas horas sob o sol em Perle du Lac, Jonction, Concord e La Grange.

À Profa. Cécile Aptel, Senior Legal Policy Adviser do OHCHR/UN em Genebra, por me acolher no Legal Policy Office. Também aos colegas de equipe e trabalho Elisa, Igor, Marcelo e Martins.

Ao NCPI/Harvard – Anna, Berenice, Cesira, Eduardo, Fabíola, Fadigas, Flávia, Florence, Hugo, Leticia, Luciana, Luiz, Luzia e Vivane – pela dedicação à primeira infância, especialmente no Sistema de Justiça brasileiro.

Aos colegas de meses intensos de pesquisa no *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* em Heidelberg – Ana, Danielle, Juan, Patrícia – e aos companheiros de almoço e discussões sobre política e direito Arnulfo, Borja, Kristina, Limin, Nuria e Simone.

E, enfim, a todos os movimentos pela proteção e promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente e todas as instituições que tive à honra de fazer parte: AMIC, Conanda, RNPI, ABMP-IBDCRIA e tantas outras que me ensinaram o valor e a força das mobilizações em grupo.

Resumo

HARTUNG, Pedro Affonso Duarte. Levando os direitos das crianças a sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. 522 p.

O Artigo 227 da Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era para os direitos da criança no Brasil. Todavia, suas vozes, opiniões, expressões e seus direitos fundamentais ainda não são levados a sério pelo universo adultocêntrico, inclusive dentro do Sistema de Justiça. A presente tese baseia-se na percepção, pela teoria da complexidade, de que a falta de um entendimento compartilhado e sistematizado sobre o *status* da criança e seus direitos fundamentais no direito público brasileiro, permite que elementos centrais para a eficácia desses direitos sejam ignorados ou desconhecidos na atividade decisória, jurisprudencial e na prática cotidiana dos profissionais do Direito. Assim, o objetivo desse estudo é analisar o *status* da criança no direito público, em especial sua titularidade de direitos fundamentais e, de forma específica e detalhada, o direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse previstos no Artigo 227, analisando sua estrutura e consequências nas atividades do Estado à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy e, ainda, propor um modelo interpretativo-analítico para a definição do melhor interesse da criança em casos concretos, por uma comunidade plural de intérpretes. Como tese central, defende-se que o direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse se traduz, segundo a teoria dos princípios e do modelo do duplo aspecto de direitos fundamentais, como regra e, também, como princípio com alto peso abstrato. Tal direito gera tanto efeitos, diretos e indiretos em relações horizontais entre particulares, como deveres em todas as dimensões e instituições do Estado, inclusive nas decisões do Sistema de Justiça, as quais devem considerá-lo como razão de segunda ordem. Por fim, para aferição do melhor interesse da criança em casos concretos – como, por exemplo, nos processos de suspensão ou destituição do poder familiar –, é proposto um modelo interpretativo-analítico para uma maior racionalidade justificativa da decisão, por meio tanto da subsunção das regras já definidas pela rede de normas quanto pela aplicação da regra da proporcionalidade e do sopesamento no próprio universo normativo da criança, considerando apenas seus direitos colidentes e seus interesses, mas por meio de um processo de definição dos pesos abstratos compartilhado, solidariamente, por uma comunidade plural de intérpretes.

Palavras-chave: direito da criança, prioridade absoluta, teoria dos princípios, comunidade plural de intérpretes

Abstract

HARTUNG, Pedro Affonso Duarte. Taking children's rights seriously: the absolute priority of their fundamental rights and best interest. Thesis (Doctorate) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019. 522 p.

Article 227 of the Brazilian Constitution of 1988 inaugurated a new era for the rights of the child in Brazil. However, their voices, opinions, expressions and their fundamental rights are not yet taken seriously by the adult-centric universe, including within the Justice System. This thesis is based on the perception, by complexity theory, that the lack of a shared and systematized understanding of the child's status and fundamental rights in Brazilian public law allows central elements for the effectiveness of these rights to be ignored or unknown in the decision-making, jurisprudence and in the day-to-day practice of law professionals. Thus, the purpose of this study is to analyze the status of children in public law, especially their ownership of fundamental rights and, in a specific and detailed manner, the fundamental right to the absolute priority of their rights and best interest foreseen in Article 227, noting their structure and consequences in the activities of the State in light of Robert Alexy's theory of principles, proposing an interpretative-analytical model for the definition of the best interest of the child in concrete cases by a plural community of interpreters. As a central thesis, it is argued that the fundamental right to the absolute priority of their rights and best interest translates, according to the theory of principles and the model of the dual aspect of fundamental rights, as a rule and also as a principle with high abstract weight. This right generates both effects, direct and indirect, in horizontal relations between individuals, as well as duties in all dimensions and institutions of the State, including in the decisions of the Justice System, which must consider it as second-order reason in decision making. Finally, in order to assess the best interest of the child in concrete cases, such as in the processes of suspension or termination of parental rights, an interpretative-analytical model is proposed for a more rational justification of the decisions, through both the subsumption of the rules already defined by the network of norms, and also by the application of the of proportionality and the weighing in the normative universe of the child, considering only their colliding rights and interests, but by means of a shared definition process of the abstract weights by a plural community of interpreters.

Key words: children's rights, absolute priority, theory of principles, plural community of interpreters

Zusammenfassung

HARTUNG, Pedro Affonso Duarte. Kinderrechte ernstgenommen: absolute Priorität absolute Priorität der Rechte und des Wohls des Kindes. Doktorarbeit - Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität São Paulo, São Paulo, 2019. 522 p.

Mit Artikel 227 der brasilianischen Verfassung von 1988 wurde eine neue Ära für die Rechte des Kindes in Brasilien eingeläutet. Ihre Stimmen, Meinungen, Äußerungen und Grundrechte werden jedoch vom erwachsenenorientierten Universum, auch innerhalb des Justizsystems, noch nicht ernst genommen. Diese These basiert auf der Auffassung der Theorie der Komplexität, dass das Fehlen eines gemeinsamen und systematisierten Verständnisses des Status des Kindes und seiner Grundrechte im brasilianischen öffentlichen Recht es erlaubt, zentrale Elemente für die Wirksamkeit dieser Rechte zu ignorieren oder zu ignorieren unbekannt in der Entscheidungsfindung, Rechtsprechung und täglichen Praxis von Juristen. Ziel dieser Studie ist es daher, den Status von Kindern im öffentlichen Recht zu analysieren, insbesondere deren Grundrechtsmündigkeit, und das Grundrecht auf die absolute Priorität ihrer Rechte und ihres besten Interesses, das in Artikel 227 der Verfassung vorgesehen ist, in einer spezifischen und detaillierten Art und Weise Struktur und Konsequenzen in der Tätigkeit des Staates im Hinblick auf Robert Alexys Prinzipientheorie und schlagen auch ein interpretativ-analytisches Modell für die Definition des besten Interesses des Kindes in konkreten Fällen durch eine plurale Gemeinschaft der Interpreten vor. Als zentrale These wird argumentiert, dass das Kindergrundrecht auf die absolute Priorität ihrer Rechte und ihres Interesses als Regel und auch als Prinzip mit einem hohen abstrakten Gewicht übersetzt wird, gemäß der Prinzipientheorie und dem Doppelaspektmodell der Grundrechte. Dieses Recht hat sowohl direkte als auch indirekte Auswirkungen auf die horizontalen Beziehungen zwischen Individuen sowie Pflichten in allen Dimensionen und Institutionen des Staates. Dies gilt auch für die Entscheidungen des Justizsystems, die es als Grund zweiter Ordnung betrachten sollte. Schließlich, um in bestimmten Fällen das Wohl des Kindes beurteilen zu können - wie zum Beispiel bei der Aufhebung der Elternrechte -, wird ein interpretativ-analytisches Modell für eine rationalere Begründung der Entscheidung vorgeschlagen, und zwar durch die bereits vorhandene Subsumtion der Regeln definiert durch das Netzwerk der Normen und die Anwendung der Verhältnismäßigkeit und der Abwägung, aber im normativen Universum des Kindes, wobei nur deren kollidierende Rechte und Interessen berücksichtigt werden. Es wird jedoch vorgeschlagen, dass der Prozess der Definition der abstrakten Gewichtungen gemeinsam von einer Mehrzahl von einer plurale Gemeinschaft der Interpreten.

Schlüsselwörter: Kinderrechte, absolute Priorität, Prinzipientheorie, plurale Gemeinschaft der Interpreten

Resumé

HARTUNG, Pedro Affonso Duarte. Prendre les droits des enfants au sérieux : la priorité absolue des droits fondamentaux et de l'intérêt supérieur de l'enfant. Thèse (doctorat) - Faculté de droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2019. 522 p.

L'article 227 de la Constitution fédérale brésilienne de 1988 a inauguré une nouvelle ère pour les droits de l'enfant au Brésil. Cependant, leurs opinions, expressions et droits fondamentaux ne sont pas encore pris au sérieux par l'univers centré sur les adultes, même au sein du système de justice. Cette thèse est fondée sur la perception, par la théorie de la complexité, selon laquelle l'absence d'une compréhension partagée et systématisée du statut de l'enfant et leurs droits fondamentaux en droit public brésilien autorise des éléments essentiels pour que l'efficacité de ces droits soit ignorée ou inconnue dans le moment de la décision, la jurisprudence et la pratique quotidienne des professionnels du droit. L'objet de cette étude est analyser le statut des enfants en droit public, en particulier leur propriété des droits fondamentaux et, de manière spécifique et détaillée, le droit fondamental à la priorité absolue de leurs droits et leur intérêt supérieur prévus à l'article 227, en notant leur structure et conséquences dans les activités de l'État à la lumière de la théorie des principes de Robert Alexy et de proposer un modèle interprétatif-analytique pour la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant dans des cas concrets par une communauté plurielle d'interprètes. En tant que thèse centrale, il est argumenté que le droit fondamental à la priorité absolue de leurs droits et de leur intérêt supérieur se traduit, selon la théorie des principes et le modèle du double aspect des droits fondamentaux, en règle générale et également en tant que principe de poids abstrait élevé. Ce droit génère à la fois des effets, direct et indirect, dans les relations horizontales entre individus, comme des devoirs dans toutes les dimensions et l'institutions de l'État, y compris dans les décisions du système judiciaire, qui doit le considérer comme une raison de deuxième ordre. Enfin, pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant dans les cas concrets, comme, par exemple, les processus de suspension ou de suppression du pouvoir familial, il est proposé un modèle d'interprétation-analytique pour une justification plus rationnelle de la décision, à la fois des règles déjà définies par le réseau de normes et par l'application de la règle de proportionnalité et de la pondération dans l'univers normatif de l'enfant, considérant seulement leurs droits et intérêts en conflit, sauf par le biais d'un processus de définition des poids abstraits partagés, conjointement, par une communauté plurielle d'interprètes.

Mots-clés: droits de l'enfant, priorité absolue, théorie des principes, communauté plurielle d'interprètes

Lista de Siglas e Abreviações

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CDC/ONU – Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas

CF – Constituição Federal

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

HC – habeas corpus

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SAM – Serviço de Assistência ao Menor

SGD – Sistema de Garantias dos Direitos das Crianças e Adolescentes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1. A CRIANÇA NO DIREITO – DO BRASIL PRÉ-COLONIAL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	33
1.1. O Brasil pré-colonial e o direito nativo das crianças indígenas	37
1.2. O Brasil Colônia (1500-1822)	42
1.2.1. Direito missionário, reduções e os povos indígenas	44
1.2.2. O Direito português na Colônia e as crianças livres	51
1.2.3. As crianças negras, o tráfico atlântico, a escravidão africana e as leis coloniais escravistas	58
1.2.4. A resistência e o direito consuetudinário nas comunidades quilombolas	63
1.3. As leis para as crianças do Império	68
1.4. A Primeira República (1889-1930)	77
1.4.1. Código Penal Republicano de 1890 e as crianças “delinquentes”	80
1.4.2. Código Civil de 1916, “pátrio poder” e o instituto da adoção	81
1.4.3. Em busca de uma regulação e políticas públicas específicas para as crianças consideradas “abandonadas ou delinquentes”	85
1.4.4. Influência internacional	88
1.4.5. Leis de menores: a Lei n. 4.242 de 1921, Decreto Presidencial n. 16.272 de 1923 e Decreto n. 5.083 de 1926	91
1.4.5.1. O funcionamento do Juízo de Menores, o Código Mello Mattos em 1927	100
1.5. O Estado Getulista (1930-1945)	112
1.6. O período democrático (1945-1964)	119
1.6.1. Influências internacionais	121
1.7. A ditadura civil-militar (1964-1985)	123
1.7.1. A política da Funabem, o anti-SAM	123
1.7.2. As Constituições de 1967 e 1969 e novas leis subsequentes	125
1.7.3. O Código de Menores de 1979 e as crianças em “situação irregular”	129
1.7.4. As crianças da ditadura: tortura, sequestro e violência	132
1.8. A Constituinte de 1987-1988	137
1.8.1. O art. 226 da Constituição Federal de 1988	140
1.8.2. A gênese do Artigo 227 da Constituição Federal de 1988	143
1.9. Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 e outras influências internacionais	154
2. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	159
2.1. Crianças como sujeito de direitos e a Doutrina de Proteção Integral	161
2.1.1. Condição peculiar de desenvolvimento	166
2.1.2. Desenvolvimento progressivo das capacidades e habilidades	178
2.1.3. Proteção especial e integral	185
2.1.4. Modelos de regulação normativa das capacidades e habilidades da criança	193
2.2. Crianças como titulares de direitos fundamentais	196
2.2.1. Titularidade de direitos fundamentais em sentido estrito (<i>Grundrechtsträgerschaft</i>)	198
2.2.2. A capacidade fática de realizar ou invocar por si próprio (<i>Wahrnehmungsfähigkeit</i>) direitos fundamentais	200

2.2.3. A autorização legal de realizar por si próprio (<i>Wahrnehmungsberechtigung</i>) direitos fundamentais.....	206
2.2.4. A reivindicação (<i>Geltendmachung</i>) processual dos direitos fundamentais..	208
2.3. Os direitos fundamentais das crianças no Artigo 227	218
2.3.1. Direitos de defesa ou afastamento.....	220
2.3.2. Direitos a prestações em sentido amplo ou à ação estatal positiva	223
2.3.3. Direito à igualdade	232
2.3.4. Direito à solidariedade	235
2.4. Eficácia ou efeitos horizontais dos direitos fundamentais de crianças nas relações familiares e com outros agentes sociais	250
2.4.1. Modelos de efeitos indiretos e direitos – o modelo adequado proposto por Virgílio Afonso da Silva.....	255
2.4.2. Crianças, famílias e o poder familiar	258
2.4.3. Crianças e agentes particulares da sociedade.....	262
3. O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À ABSOLUTA PRIORIDADE DOS SEUS DIREITOS E MELHOR INTERESSE	269
3.1. A prioridade do melhor interesse da criança	271
3.1.1. As raízes jurídicas e históricas	272
3.1.2. A incorporação do instituto do melhor interesse da criança pela Convenção sobre os Direitos da Criança.....	281
3.1.3. Incorporação na legislação, jurisprudência e doutrina brasileiras	290
3.1.4. O direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse pela teoria dos princípios: prestações e solidariedade entre regras e princípios	301
3.2. A prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança.....	306
3.2.1. Fundamentos da garantia à absoluta prioridade da criança e seus direitos...306	
3.2.2. Conteúdo substantivo da prioridade e seu detalhamento em leis, na doutrina e jurisprudência	311
3.2.2.1. Detalhamento em legislações ordinárias e na doutrina de direito público	311
3.2.2.1.1. Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias	313
3.2.2.1.2. Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.....	315
3.2.2.1.3. Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas	317
3.2.2.1.4. Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.....	319
3.2.2.1.5. A prioridade das crianças na primeira infância	325
3.2.2.1.6. A prioridade das crianças em situação de risco ou em vulnerabilidade.	327
3.2.2.1.7. A prioridade das crianças com deficiência	328
3.2.2.1.8. Demais previsões legais de prioridade no ECA	329
3.2.2.1.9. A prioridade dos jovens pela Emenda Constitucional n. 65 e dos idosos pelo Estatuto do Idoso	330
3.2.2.2. Modelo interseccional de escalonamento de prioridades.....	334
3.2.2.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	337
3.2.2.3.1. Aplicação da disposição da absoluta prioridade pelo STF	337
3.2.2.3.2. Jurisprudência e aplicação da disposição da absoluta prioridade pelo STJ	346
3.3. Um direito fundamental completo e uma razão de segunda ordem	349
3.3.1. Como direito fundamental de defesa.....	351

3.3.2. Como direito de prestação ou ação positiva estatal.....	352
3.3.3. Como direito de igualdade.....	353
3.3.4. Como direito de solidariedade.....	354
4. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA: UM DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS	357
4.1. Interpretação constitucional de Direitos Fundamentais e a Teoria dos Princípios	360
4.1.1. Interpretação de direitos fundamentais e justificação decisória.....	367
4.1.2. Teoria dos Princípios de Robert Alexy.....	369
4.2. A qualificação como absoluta da prioridade dos direitos fundamentais e do melhor interesse da criança.....	376
4.2.1. A doutrina brasileira e a interpretação constitucional da norma da absoluta prioridade pelos cânones de interpretação.....	377
4.2.2. Debates acerca da absolutez de direitos fundamentais na teoria dos princípios e no âmbito da proporcionalidade.....	383
4.2.2.1. Posicionamento absolutista.....	383
4.2.2.2. Posicionamento da teoria pura dos princípios.....	387
4.2.2.3. Posicionamento excepcionalista.....	391
4.2.2.4. Posicionamento do duplo aspecto.....	391
4.2.3. Modelo de aplicação do direito fundamental considerado expressamente como absoluto.....	399
4.3. A prioridade absoluta da criança, seus direitos e melhor interesse: regra definitiva e princípio com grande peso abstrato.....	407
5. A AFERIÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: O CASO DA SUSPENSÃO OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR	413
5.1. A indefinição e ampla abrangência dos conceitos de negligência, abandono e cuidado parental.....	417
5.2. Formação profissional, estrutura e recursos adequados no Sistema de Justiça....	425
5.3. Processos judiciais acessíveis, sensíveis e amigáveis.....	432
5.4. Um ecossistema plural de políticas públicas para crianças sem cuidado parental, com foco na família acolhedora.....	440
5.5. Um modelo para maior racionalidade nas decisões sobre o melhor interesse: o sopesamento entre direitos da própria criança compartilhado por uma comunidade plural de intérpretes.....	445
5.5.1. Modelo analítico-interpretativo constelar do melhor interesse da criança ...	451
5.5.1.1. Delimitação do universo normativo do problema.....	453
5.5.1.2. Identificação da rede de normas aplicáveis.....	453
5.5.1.3. Aplicação das regras por subsunção, silogismo e modelo estruturado de argumentação.....	459
5.5.1.3.1. Premissa maior.....	460
5.5.1.3.2. Definição.....	461
5.5.1.3.3. Ato de subsunção.....	463
5.5.1.3.4. Conclusão.....	466
5.5.1.4. Aplicação da regra de proporcionalidade para definição do melhor interesse da criança.....	466
5.5.1.4.1. Adequação.....	469
5.5.1.4.2. Necessidade.....	470
5.5.1.4.3. Proporcionalidade em sentido estrito.....	471
5.5.1.5. Incertezas epistêmicas e os princípios formais.....	480

CONCLUSÃO.....	483
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	489

INTRODUÇÃO

Após um longo e tortuoso caminho histórico de luta social e política por reconhecimento e apesar de várias legislações nacionais e internacionais atualmente considerarem as crianças¹ como sujeitos e titulares de direitos, elas e seus direitos ainda são cotidianamente desrespeitados.

No Brasil, os desafios para o fim de toda a forma de violência contra as crianças são imensos. Um média de 29 crianças são assassinados por dia², tendo o Brasil a sétima maior taxa mundial de homicídios entre crianças de 10 a 19 anos, especialmente de crianças negras, pobres e periféricas.³ Nesse sentido, há uma crescente letalidade em decorrência de ações policiais, a qual vitimou 4.222 pessoas em 2016, sendo a maioria homens (99,3%), negros (76,2%), adolescentes e jovens entre 12 e 29 anos (81,8%).⁴ Ainda, o Brasil foi considerado o país com os maiores índices de violências contra crianças, especialmente física, sexual e psicológica,⁵ inclusive dentro das próprias famílias.

Os dados são alarmantes: 68% das crianças disseram sofrer punição corporal em casa⁶; dentre as 527 mil pessoas vítimas de estupro todo ano no Brasil (somente 10% de notificação), 70% são menores de 18 anos, 50,1%

¹ Conforme explicado em *Notas metodológicas*, para a presente tese o termo criança será utilizado abrangendo indivíduos até dezoito (18) anos incompletos, classificação estabelecida pela Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (CDC/ONU), diferentemente do conceito utilizado pelo ECA (de crianças até 12 anos idade incompletos), como forma de ressaltar a proteção especial a todos os indivíduos dentro desta faixa etária. Quando necessário, especialmente para descrição de legislações nacionais e técnicas, será feita a distinção entre criança e adolescentes.

² FLACSO BRASIL. **Nota técnica: Violência Letal contra as crianças e adolescentes do Brasil**. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/vCUk8A>. Acesso em 1 fev 2019.

³ UNICEF. **Um Rosto Familiar: A violência na vida de crianças e adolescentes**. 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/Violence_in_the_lives_of_children_and_adolescents.pdf. Acesso em 1 fev 2019..

⁴ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Nota técnica: Infográfico Anuário**. 2017. Disponível em: <https://goo.gl/AhCSm9>. Acesso em 1 fev 2019..

⁵ INTERNATIONAL SOCIETY FOR THE PREVENTION OF CHILD ABUSE AND NEGLECT. **The Influence of Geographical and Economic Factors in Estimates of Childhood Abuse and Neglect Using the Childhood Trauma Questionnaire: A Worldwide Meta-Regression Analysis**. 2016. Disponível em <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213415004433>. Acesso em 1 fev 2019..

⁶ ENDING VIOLENCE IN CHILDHOOD. **Global Report 2017**. Disponível em <http://globalreport.knowviolenceinchildhood.org/global-report-2017/>. Acesso em 1 fev 2019..

crianças e 19,8% adolescentes⁷; 36% das mulheres brasileiras de 20 a 24 anos se casaram antes de atingir a maioridade, colocando o Brasil em primeiro lugar na América Latina e em quarto lugar no mundo entre os países com maior número de casamentos precoces⁸; mais de 1,8 milhões de crianças estão em situação de trabalho infantil⁹; em várias serviços ofertados pelo próprio Estado, há a presença de diversas violências institucionais, como nas instituições do socioeducativo¹⁰; com relação à educação, tem-se apenas 34,1% de crianças na faixa etária de 0 a 3 anos matriculadas em creches e 66,8% dos adolescentes de 15 a 17 anos frequentam o ensino médio¹¹; nos meios e tecnologias de comunicação e informação a existência de crimes virtuais, pornografia infantil (18 mil páginas em 2016)¹², jornais policiais e presença da publicidade infantil.

Constata-se que as crianças ainda são tratadas como cidadãs de segunda classe pelo mundo adulto e seu adultocentrismo na relação com elas, como objeto de exploração e abuso por diversas pessoas, inclusive familiares, algo que o sociólogo argentino Eduardo Bustelo considerou como uma das dinâmicas pessoais e sociais mais desiguais ainda persistentes e naturalizadas nas sociedades contemporâneas, sendo, inclusive, mais forte que as desigualdades e inequidades

⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Nota técnica: estupro no Brasil – uma radiografia segundo os dados da saúde**. 2014. Disponível em http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf. Acesso em 1 fev 2019..

⁸ IBGE, **Censo Demográfico 2010**. Disponível em censo2010.ibge.gov.br. Acesso em 05 out 2017; PROMUNDO. **Casamento na infância e adolescência no Brasil**. 2015. Disponível em: <https://promundo.org.br/recursos/ela-vai-no-meu-barco-casamento-na-infancia-e-adolescencia-no-brasil/>. Acesso em 1 fev 2019..

⁹ IBGE, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD**, 2016. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=18390&t=sobre>. Acesso em 1 fev 2019.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes: Relatório da resolução nº 67/2011**. 2013. Disponível em http://www.cnpm.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Relat%C3%B3rio_Interna%C3%A7%C3%A3o.PDF. Acesso em 1 fev 2019.; MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Relatório Anual Sinase 2014**. 2017. Disponível em <http://www.mdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>. Acesso em 1 fev 2019.

¹¹ MEC. **Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE: biênio 2014-2016**. Nota técnica: Meta 1.2015. Disponível em: <https://goo.gl/SyHJPG>. Acesso em 1 fev 2019.

¹² CBN BRASIL. **Crianças e adolescentes são alvo de 42% dos crimes virtuais**. 07 fev 2017. Disponível em: <http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/tecnologia/2017/02/07/CRANCAS-E-ADOLESCENTES-SAOALVO-DE-42-DOS-CRIMES-VIRTUAIS.htm>. Acesso em 1 fev 2019.

de classe, gênero e étnico-raciais,¹³ até porque todas elas ainda estão presentes de forma interseccional nos diferentes grupos sociais de crianças brasileiras negras, indígenas, filhas de trabalhadores ou de comunidades e povos tradicionais.

A naturalização desse tratamento pode ser observada, também, em pequenas ações e expressões sociais cotidianas, como a linguagem utilizada para atribuir sentido pejorativo a ações de adultos: “Pare de brincadeira!”, “Chega de criancice!”, “Você é infantil!”, “Parece coisa de criança!”, “Não seja uma criança!”.

Ser criança, ao menos no uso corrente da língua e de expressões cotidianas, não é algo visto como positivo. Como alerta Janusz Korczak, “todos nós crescemos convencidos de que o grande vale mais do que o pequeno”, pois “para conquistar respeito e admiração é preciso ser grande, ocupar muito espaço. O que é pequeno é banal e desinteressante. Gente pequena, necessidades pequenas, pequenas alegrias e tristezas”.¹⁴

Essa visão adultocêntrica, além de organizar a vida, as instituições, as comunidades e as próprias cidades, também permeia o Direito e seus diversos ramos, inclusive o Direito do Estado, público e constitucional. Mesmo que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente tenham inaugurado uma nova era para as crianças brasileiras – especialmente com o advento do Artigo 227 e sua doutrina de proteção especial e integral –, as crianças ainda não são levadas a sério na interpretação, aplicação e eficácia destas normas jurídicas.

Não são levadas a sério na titularidade integral e evocação de seus direitos fundamentais, sob argumentos de incapacidade, heteronomia e inconsciência. Não são levadas a sério em seus direitos fundamentais de defesa, proteção, direitos sociais, igualdade e solidariedade, tanto em face do Estado, como nas desiguais, violentas e objetificantes relações entre particulares, dentro da própria família ou com outros agentes sociais. Não são levadas a sério no seu direito de participação

¹³ BUSTELO, Eduardo S. **El recreo de la infancia. Argumentos para otros comienzos.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2007.

¹⁴ KORCZAK, Janusz; DALLARI, Dalmo. **O direito da criança ao respeito.** São Paulo: Summus, 1986, p. 69.

e consideração em processos decisórios no Sistema de Justiça em casos que lhes dizem respeito. Não são levadas a sério até mesmo quando o texto normativo com maior hierarquia no ordenamento jurídico, a Constituição Federal, utiliza-se de uma das expressões linguísticas mais fortes para assegurar seus direitos e melhor interesse: absoluta prioridade.

Tais fenômenos trazem consequências diretas para vida das mais de 60 milhões de crianças brasileiras, que são impactadas diariamente pela desconsideração de sua agência como cidadãs, de seus direitos fundamentais já consagrados e dessa fase do desenvolvimento humano que é um fim em si mesmo, com potências e expressões próprias e grandes contribuições para as realidades e dimensões humanas.

A criança não é um porvir, uma promessa vindoura de futuro de alguém que somente terá valor quando chegar à fase adulta. A criança é um ser do presente, atrelada aos segundos e minutos dos dias, é a expressão mais perene de uma civilização, de uma cultura, de toda a história humana condensada. É a continuação e possibilidade de novos começos, recomeços diários em potência incomensurável de criação e realização. Como escreveu Dalmo Dallari, “toda criança é um testemunho da eternidade”¹⁵.

Ainda que se considere pragmaticamente a dimensão da infância como oportunidade da construção de novas e melhoradas sociedades no futuro, isso somente acontecerá se as crianças puderem, no atual presente, experienciar suas infâncias com afeto, confiança, liberdade, segurança e tempo. Um tempo que parece cada vez mais fugidio com as novas e massivas tecnologias ou velhas práticas de violência e exploração dos corpos, mentes e força de trabalho infantis, que roubam o fundamental tempo de infância, borrando as importantes dimensões de separação do mundo adulto, barreiras moral e normativamente construídas pelo entendimento de que crianças não são miniadultos.

Levar a sério crianças e seus direitos não é equipará-las artificialmente a adultos. É reconhecer, por meio das funções de direitos fundamentais de igualdade e solidariedade, que elas também são cidadãs, mas em um estágio

¹⁵ KORCZAK, Janusz; DALLARI, Dalmo, op. cit., 1986, p. 21.

peculiar de desenvolvimento progressivo de suas capacidades e que, por isso, merecem a garantia de seus direitos e melhor interesse com absoluta prioridade por todos os agentes estatais, sociais ou familiares. É escutar de forma sensível e atenta os diferentes saberes e olhares infantis sobre a vida e o mundo. É reconstruir ruas, cidades, comunidades, instituições e o próprio Sistema de Justiça para serem mais acessíveis, sensíveis e amigáveis a elas. É permitir, enfim, que elas sejam – apenas, na expressão do mais forte alumbramento humano – crianças.

Conforme disse o médico e educador Janusz Korczak – que foi até as últimas consequências para a defesa do direito de todas as crianças à dignidade e ao respeito –, nós adultos não devemos nos abaixar até a criança, mas elevar-nos a ela e ao seu modo de ver e compreender as coisas.¹⁶

Tese

A presente pesquisa baseia-se na percepção de que a falta de um entendimento compartilhado e sistematizado sobre o *status* da criança e seus direitos fundamentais no direito público brasileiro, permite que elementos centrais para sua eficácia sejam ignorados ou desconhecidos na atividade jurisprudencial e na prática cotidiana dos profissionais do Sistema de Justiça.

Qual o real alcance e significado dos dispositivos de direitos fundamentais contidos no Artigo 227 da Constituição Federal de 1988? O que é a absoluta prioridade garantida à criança? Qual o dever do Estado, em especial no Sistema de Justiça, em face deste direito? O que é e como pode ser aferido em um caso concreto o melhor interesse da criança?

O objetivo desse estudo é analisar o *status* da criança no direito público, em especial sua titularidade de direitos fundamentais e, de forma específica e detalhada, o direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, analisando sua estrutura e consequências nas atividades do Estado, em especial a atividade decisória no âmbito do Sistema de Justiça, para a qual foi

¹⁶ KORCZAK, Janusz. **Como amar uma criança**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

desenvolvido ao final um modelo interpretativo-analítico para uma justificação mais racional das decisões judiciais, utilizando um exemplo de suspensão ou destituição do poder familiar, por meio de uma comunidade plural de intérpretes.

A tese central do presente trabalho defende que o Artigo 227 da CF garante à criança a titularidade do direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, que se traduz, segundo a teoria dos princípios e do modelo do duplo aspecto de direitos fundamentais, como regra e princípio com alto peso abstrato. Tal direito gera deveres tanto nas relações entre particulares, como em todas as dimensões e instituições do Estado, que em suas decisões no âmbito do Sistema de Justiça tem o dever de garantir que o melhor interesse da criança e seus direitos tenham precedência sobre outros, como razão de segunda ordem.

Ainda, para aferição do melhor interesse da criança em casos concretos, é proposto um modelo interpretativo-analítico para uma maior racionalidade da justificativa decisória, por meio da subsunção das regras já definidas na rede de normas ou, diante da indefinição ou não concordância com as regras, do sopesamento no próprio universo normativo da criança, considerando apenas seus direitos colidentes e seus interesses, mas por meio de um processo de definição dos pesos abstratos compartilhado, solidariamente, por uma comunidade plural de intérpretes, formada, inclusive, pelas crianças e suas famílias.

Notas metodológicas

A presente tese encontra-se, como abordagem metodológica, localizada no âmbito dos estudos do Direito do Estado, por meio dos paradigmas do Direito Público, da Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional, segundo os quais as relações entre particulares e o Estado, suas atividades, funções e organizações são reguladas por um conjunto de normas jurídicas de natureza pública, em especial, a Constituição.¹⁷

Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari ensina, rememorando Edgar Bodenheimer, a necessidade de no estudo das relações presentes na Teoria Geral

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

do Estado ser observado três pontos: o conhecimento das instituições, para que haja uma consciência de como a sociedade está organizada; a forma e os métodos pelos quais os problemas sociais são conhecidos e suas soluções elaboradas, para que não haja distorções na aplicação de sistemas importados para a realidade sociopolítico-cultural presente; e o entendimento de que tal estudo não está restrito ao âmbito jurídico, uma vez que aborda outras diferentes variáveis e aspectos que irão influir na realidade e elaboração do direito.¹⁸

Ainda, considera Dallari que a Teoria Geral do Estado é uma “disciplina síntese, que sistematiza conhecimentos jurídicos, filosóficos, sociológicos, políticos, históricos, antropológicos, econômicos, psicológicos, valendo-se de tais conhecimentos para buscar o aperfeiçoamento do Estado, concebendo-o, ao mesmo tempo, como um fato social e uma ordem, que procura atingir os seus fins com eficácia e com justiça”.¹⁹

Em um Estado democrático de direito constitucional, as relações entre Estado e cidadãos, ou até mesmo entre particulares, são regidas em primeira – como base legal fundante – e última instância – como palavra final da resolução de conflitos – pela Constituição.

Assim, estudos autais no âmbito do Direito Público não podem se furtar em analisar aspectos constitucionais, tanto em função da organização do próprio Estado contemporâneo – um Estado que se pressupõe Democrático e Constitucional de Direito –, como pelo fato das dimensões constitucionais serem irradiadas para todos os outros ramos do direito, por meio do processo conhecido de constitucionalização do Direito.²⁰

Nesse sentido, o presente trabalho busca na dogmática jurídica constitucional, especialmente com base na teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, os elementos para a análise do Artigo 227 da Constituição Federal, em três dimensões: analítica, pela análise de conceitos e a relação entre eles; empírica, pela análise do direito vigente na visão de quem o aplica; e normativa,

¹⁸ DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, ed. 19, São Paulo:Saraiva, 1995, p.1.

¹⁹ Ibid., p. 2.

²⁰ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014

que pretende prescrever soluções. Como será visto, busca-se atender esses três níveis por meio da análise dos conceitos do Artigo 227 da Constituição Federal, da sua aplicação feita pelos tribunais e, por fim, do desenvolvimento de um modelo para análise estrutural de casos concretos que ofereça subsídios para a atividade jurisdicional relativa à criança, seus direitos fundamentais e melhor interesse.²¹

Ainda, Miguel Reale argumenta que o estudo das relações presentes no Direito Público, em especial na Teoria Geral do Estado, deve ser norteado por uma perspectiva do culturalismo realista, no qual o Estado deve ser observado em suas três ordens indissociáveis: a filosófica, a sociológica e a jurídica. Por sua solução culturalista tridimensional, Reale entende que todo fato jurídico abrange uma integração de elementos sociais “em uma ordem normativa de valores, uma subordinação da atividade humana aos fins éticos da convivência”.²² Conclui o autor que o método na pesquisa da Teoria do Estado deve envolver perguntas que pressupõem dados de caráter axiológico, sociológico e normativo, o que exige métodos aderente à realidade social e histórica.²³

Já Paulo Bonavides ressalta a importância do desenvolvimento da Ciência Política para o entendimento de relações do Estado, posto que tem por objeto o estudo dos acontecimentos, das instituições e das ideias políticas. Dessa forma, ressalta a intersecção da Ciência Política com outras ciências, como a Economia, a Psicologia e especialmente a História, por entender que seu método possibilita a análise da acumulação crítica de fatos e experiências vividas, especialmente no campo da história das ideias políticas e das instituições sociais.²⁴

Dessa forma, procura-se também analisar as seguintes dimensões relacionadas às crianças e seus direitos:

(i) A dimensão histórica do desenvolvimento dos direitos da criança no Brasil, inclusive no Período Pré-Colonial, por meio da avaliação de um direito

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25-26.

²² REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 5a ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 28.

²³ Ibid., p. 37.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. [S.I.] Malheiros, s.d.

consuetudinário dos povos tradicionais indígenas em relação às crianças, em um esforço de descolonização do conhecimento jurídico. Ainda, busca-se o destaque do entendimento de como, em determinados tempos históricos, diferentes grupos sociais e étnico-raciais de crianças – como as indígenas, brancas, negras – foram tratados pelas legislações então vigentes.

(ii) A dimensão da eficácia social se relaciona com os resultados reais advindos do sistema de proteção à criança normativamente estruturado no âmbito do Sistema de Justiça. Para tanto, serão analisadas as dinâmicas do processo decisório em casos de suspensão ou destituição do poder familiar, com a proposição de um modelo interpretativo-analítico constelar para esses casos.

(iii) A dimensão político-filosófica, na qual serão verificadas as ideias políticas e filosóficas por detrás da complexa relação entre a criança, o Estado e suas famílias, especialmente na construção de políticas públicas de proteção e promoção de direitos, como a política de acolhimento para crianças sem cuidado parental.

Importante registrar que o presente trabalho adota metodologicamente o paradigma da Complexidade proposto por Edgar Morin, segundo o qual os atores e saberes envolvidos não devem ser avaliados de forma simplificada, fragmentada ou especializada. Como destaca o autor, a Complexidade, ou *Complexus*, significa:

“O que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e interretroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, os todos e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade.”²⁵

²⁵ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. São Paulo: Cortez; Brasília, 2000, p. 38.

Na tentativa de estabelecer maiores parâmetros para sua Teoria da Complexidade, Morin define alguns princípios e diretrizes²⁶, entre eles: o princípio dialógico, segundo o qual o complexo é produzido pelo movimento e jogo dialógico dos elementos, os quais, mesmo que antagônicos, são complementares por esse princípio; o princípio de recursão organizacional ou da realidade recíproca, pelo qual a lógica linear de causa e efeito é rompida pelo entendimento de que tudo o que é produzido volta sobre o que o produziu, em um constante ciclo autoconstitutivo, auto-organizador e autoprodutor; o princípio hologramático que contesta a possibilidade de se conhecer o todo pela parte, uma vez que considera a parte e o todo realidades únicas; o princípio do circuito retroativo, por meio do qual existe uma dinâmica de *feedback* mútuo entre os sistemas; e o princípio da autonomia/dependência, pelo qual os sistemas, mesmo com dinâmicas singulares e próprias, são interdependentes entre si e com o entorno.

Com os apontamentos da Teoria da Complexidade busca-se uma abordagem não redutora ou simplista da relação entre a criança, suas famílias, agentes sociais e o Estado, por meio da qual eles são avaliados na sua interdependência e complementaridade, em um jogo dialógico entre o todo e a parte, entre saberes específicos e singulares e ideias universais ou principais.

Convém ainda enfatizar que este trabalho é elaborado pela busca de interdisciplinariedade com outras ciências, como, por exemplo, a neurociência, Psicologia, Pedagogia e Filosofia, com a finalidade de articular o entendimento da criança e seu especial e peculiar desenvolvimento progressivo de suas capacidades no âmbito da família e sua comunidade.

No que toca especificamente aos métodos de trabalho pelos quais a investigação se desenvolverá, pretende-se buscar, com o auxílio do método dialético, respostas pelo estudo das posições doutrinárias já manifestadas acerca dos questionamentos postos, bem como das críticas que lhes foram exercidas.

²⁶ LIMA, Paulo Gomes. **Tendências Paradigmáticas na Pesquisa Educacional**, Artur Nogueira. São Paulo: Amil, 2003.

Por fim, procura-se cumprir os objetivos da investigação pela coleta de jurisprudência nacional e estrangeira sobre o tema, especialmente do direito público alemão e do direito internacional público.

Por fim, por uma escolha metodológica e política, escolheu-se, apesar da divisão feita pelo ECA entre crianças (aquelas até 12 anos de idade incompletos) e adolescentes (aqueles entre 12 e 18 anos de idade incompletos), chamar a todos os indivíduos até 18 anos de idade incompletos como “crianças”, como forma de se ressaltar o fato de que todos eles possuem o direito à mesma proteção, apesar de suas diferenças no desenvolvimento e das distinções legais feitas para garantir proteções específicas, como no atendimento socioeducativo. Entender todos eles como crianças, permite o retorno à vontade original expressa tanto pelo Artigo 227, como pela Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, de que, independente de qualquer divisão ou subclassificação são todos sujeitos de direitos a uma proteção especial e integral de seus direitos fundamentais e melhor interesse com absoluta prioridade.

Desenvolvimento do trabalho

O presente trabalho é estruturado em cinco capítulos. Após a presente introdução, o capítulo 1 apresenta uma historiografia dos direitos da criança no direito do Brasil pré-colonial, das relações normativas consuetudinárias de tribos indígenas originárias, passando pelas crianças negras escravizadas do Brasil colonial, do funcionamento de Juízo de Menores republicano, das crianças institucionalizadas consideradas “delinquentes ou abandonadas”, dos porões da ditadura civil-militar e suas sequelas em crianças, até o processo da Constituinte que originou o Artigo 227, a pedra fundamental do novo direito da criança brasileiro.

O capítulo 2 analisa a criança como sujeito de direitos e titular de direitos fundamentais, analisando as categorias com relação às discussões sobre a capacidade da criança para exercer, evocar e reivindicar seus direitos, inclusive de forma autônoma. Ainda, é feita uma classificação das disposições de direitos

fundamentais contidas no Artigo 227, diferenciando-os nas suas funções de defesa, prestação ou ação estatal positiva, igualde e, ainda, solidariedade, por meio da proposta de uma nova função de direitos fundamentais, orientada pelo compartilhamento de um objetivo comum entre Estado, suas instituições e os cidadãos, o que, no caso da criança, se traduz pelo dever compartilhado expresso no Artigo 227.

O capítulo 3 se detém exclusivamente ao direito fundamental da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, analisando de forma específica o desenvolvimento histórico e conteúdo de cada instituto jurídico envolvido nesta disposição de direito fundamental, inclusive pela análise da jurisprudência dos tribunais superiores, tanto do STF como do STJ. Por fim, é feita a análise estrutural e de funções desse direito fundamental, o qual apresenta-se como direito fundamental completo e razão de segunda ordem.

O capítulo 4 busca, sob à luz da teoria dos princípios aplicada a direitos fundamentais, de Robert Alexy, a interpretação constitucional e análise estrutural da qualificação como absoluta da prioridade dos direitos fundamentais e do melhor interesse da criança. Detalhando os diferentes posicionamentos no âmbito da teoria dos princípios, é feita a escolha por aquele defendido pelo próprio Alexy, que prevê o duplo aspecto de direitos fundamentais. Assim, é explorado um modelo de aplicação de um direito fundamental considerado expressamente como absoluto, base esta que é utilizada, ao final, no capítulo 5.

Por fim, o capítulo 5 desenvolve o problema da aferição do melhor interesse da criança em casos de incerteza e alta discricionariedade decisória. Por meio do caso da suspensão ou destituição do poder familiar – o qual apresenta uma série de incertezas e subjetividades na aplicação dos institutos jurídicos já previstos na legislação, como o conceito de negligência, abandono e cuidado parental –, busca-se um modelo para garantir maior racionalidade nas decisões sobre o melhor interesse, por meio do sopesamento entre direitos da própria criança compartilhado por uma comunidade plural de intérpretes em busca de maior consenso possível, em que a proteção da criança e seu melhor interesse sejam vistos como um bem comum com absoluta prioridade.

1. A CRIANÇA NO DIREITO – DO BRASIL PRÉ-COLONIAL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

“Nenhuma realidade é mais essencial para a nossa autocertificação do que a história. Mostra-nos o mais largo horizonte da humanidade, oferece-nos os conteúdos tradicionais que fundamentam a nossa vida, indica-nos os critérios para avaliação do presente, liberta-nos da inconsciente ligação à nossa época e ensina-nos a ver o homem nas suas mais elevadas possibilidades e nas suas realizações imperceptíveis. Não podemos melhor aproveitar os nossos ócios do que familiarizando-nos com as magnificências do passado, conservando viva essa recordação e, ao mesmo tempo, contemplando as calamidades em que tudo se subverteu. A experiência do presente compreende-se melhor reflectida no espelho da história. O que a história nos transmite vivifica-se à luz da nossa época. A nossa vida processa-se no esclarecimento recíproco do passado e do presente.”

Karl Jaspers, em *Iniciação Filosófica*, 1949

Ainda que se possa argumentar sobre os perigos de uma recuperação histórica sem sentido para uma tese de doutorado ou reflexão sobre os direitos da criança – apenas como forma de encorpar o texto e citar o famigerado código de Hamurábi²⁷ –, uma análise historiográfica dos fatos e das leis, respeitando as devidas metodologias jurídicas para tal, pode ser de grande e importante relevância.

Permitir uma melhor avaliação do porquê histórico das ideias e dos fenômenos jurídicos e sociais predominantes e da consolidação gradual e progressiva do entendimento nas normas e instituições do Estado para regulação dos comportamentos, possibilita melhor avaliar as experiências do presente, como afirmou Karl Jaspers, como reflexos do espelho da história.²⁸

²⁷ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

²⁸ “A experiência do presente compreende-se melhor reflectida no espelho da história. O que a história nos transmite vivifica-se à luz da nossa época. A nossa vida processa-se no esclarecimento recíproco do passado e do presente.” (JASPERS, 1949, p. 89).

Assim, o estudo da história do Direito, suas normas e instituições afasta uma visão formal e idealista da realidade jurídica, permitindo o entendimento da conformação e das raízes das atuais normas e instituições brasileiras com relação a crianças, compreendendo, desse modo, sobre quais estruturas e interesses elas se formaram.

Calixto Salomão Filho – defendendo um conceito de estruturalismo jurídico como crítica ao funcionamento positivista do direito, que procura “identificar estruturas econômicas e jurídicas que, fundamentais à organização social, respondem por relações de dominação e de poder econômico” – destaca que “as estruturas são formadas historicamente” e que “são desestabilizadoras do sistema (jurídico) exatamente porque levam à determinação das normas de conduta por padrões de poder e não por valores”. Por isso, entende acertadamente que “é da identificação das estruturas jurídicas e econômicas e de sua formação histórica que se origina a possibilidade de reconstrução do direito”²⁹.

Assim, é impossível pensar o atual direito das crianças brasileiro sem reconhecer na história as dinâmicas estruturais e de múltiplos interesses e valores pelas quais ele foi formado.

Como será visto ao longo deste capítulo, leis de proteção à criança e seu reconhecimento como sujeito de direitos não são frutos exclusivos da força das ideias sobre a natureza humana da criança e sua necessidade de proteção especial em função do seu estado peculiar de desenvolvimento. Elas são igualmente resultado de um intenso – e contraditório – processo histórico de disputa, mediado por agentes e instituições de toda a sorte: reis, ministros, indígenas, clérigos, parlamentares, juristas, colonos, senhores de engenho, escravos, educadores, médicos, ativistas, entre outras tantas pessoas em suas micro-histórias que reverberaram na construção da história coletiva brasileira.

Por meio das crianças e suas histórias, das leis e instituições que as ignoraram ou lidaram diretamente com elas, é possível contar a história do próprio Brasil e seu povo. Como afirma Gilverto Freyre, motivado por um desejo de escrever uma

²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Novo estruturalismo jurídico**: uma alternativa para o Direito? Revista dos Tribunais, RT 926, p. 540-541, dez. 2012, p. 540-541.

historiografia das crianças brasileiras e suas vidas: “É um grande assunto. E creio que só por uma história deste tipo – história sociológica, psicológica, antropológica e não cronológica – será possível chegar-se a uma ideia sobre a personalidade do brasileiro. É o menino que revela o homem.”³⁰.

Obra historiográfica de referência sobre a situação da criança no Brasil é o livro organizado pela historiadora Mary Lucy Murray Del Priore, *História das crianças no Brasil*, uma coletânea de análises que buscou “resgatar a história da criança brasileira não apenas enfrentando um passado e um presente cheio de tragédias anônimas – como a venda de crianças escravas, a sobrevida nas instituições, as violências sexuais, a exploração de sua mão de obra –, mas tentando também perceber para além do lado escuro. A história da criança simplesmente criança, suas formas de existência cotidiana, as mutações de seus vínculos sociais e afetivos, sua aprendizagem da vida através de uma história que, no mais das vezes, não nos é contada diretamente por ela.”³¹.

Seguindo nesse entendimento, os dois primeiros capítulos da presente tese buscam uma recuperação do desenvolvimento histórico no Brasil do direito que abarcou direta ou indiretamente as relações das e para com as crianças. Um direito muitas vezes silente, mas que na sua inexistência também revela de forma explícita como as crianças eram tratadas nos processos de conformação do Estado brasileiro, por suas instituições e agentes.

O esforço desses capítulos são essenciais para retirar as crianças da invisibilidade e mostrar como elas foram historicamente tratadas pelo Direito Brasileiro, o que por si só é algo relevante, especialmente considerando que o livro de maior referência sobre a história do Direito no Brasil, de Antônio Carlos Wolkmer, cita a palavra *criança* apenas uma vez em todas as suas 129 páginas.³²

De forma inovadora nos trabalhos sobre o direito da criança no Brasil, o presente capítulo dá destaque às crianças indígenas – inclusive no período pré-

³⁰ FREYRE, Gilberto. Tempo morto e outros tempos: trechos de um diário de adolescência e primeira mocidade. São Paulo: Global, 2006, p. 102-103.

³¹ DEL PRIORE, Mary (Org.) **História das crianças no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 18.

³² WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 48.

colonial – e negras e às diferenças de tratamento legal condicionado por gênero, masculino ou feminino. Tal esforço é fundamental por compreendermos que as crianças e suas infâncias são múltiplas, inclusive historicamente, e que sobre elas recaem de forma diferente o direito, suas normas e suas sanções.

Ainda, busca-se também com isso uma proposta – inicial e carente de aperfeiçoamento – de descolonização dos saberes³³ que permita a valorização de uma visão organizada não apenas por padrões e concepções eurocêntricas, pela qual o fenômeno jurídico somente teria existido de forma inicial com a chegada dos portugueses ou no âmbito das instituições coloniais europeias.

Nesse sentido, em uma tentativa de reconstrução de sistemas jurídicos consuetudinários – como aqueles das comunidades indígenas pré-coloniais e das comunidades quilombolas –, busca-se o resgate histórico de um pluralismo jurídico comunitário, formas primárias e autênticas de um “Direito insurgente, eficaz, não estatal”³⁴ e, no caso brasileiro, não europeu.

Tais esforços encontram-se referenciados nas discussões das organizações historiográficas, ideias políticas e consciências pós-coloniais de superação do eurocentrismo, pela necessidade de evidenciar histórias e narrativas ainda ocultas e seus contextos e modificar vocabulários impregnados por visões relacionadas à expansão e exploração coloniais.³⁵

Entretanto, importante ressaltar que muito ainda ficou por ser dito, analisado e sistematizado. Espera-se que a disponibilização desses capítulos possa servir de base e início para pesquisas futuras no âmbito dos direitos da criança, permitindo a ampliação de pesquisas do tema no Brasil.

³³ A colonização dos territórios americanos não representa somente uma organização de um poder estruturante para a formação dos sistemas e instituições da sociedade e do Estado; há, igualmente, a hierarquização de ideias e conhecimentos no plano epistemológico, seguindo padrões e critérios de legitimação hegemônicos com base na visão dos colonos europeus. A proposta de descolonização do saber permite a alteração dessa perspectiva, dando destaque ao “paradigma silenciado durante muito tempo daqueles que veem o mundo desde as costas aonde chegam os barcos, as ferrovias, os bancos, os aviões” (MIGNOLO, 2003, p. 631-671).

³⁴ WOLKMER, op. cit., p. 45-46.

³⁵ MARTINEAU, Anne-Charlotte. Overcoming Eurocentrism? Global History and the Oxford Handbook of the History of International Law. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 25, n. 1, p. 335-336, 2014.

Como será evidenciado, a atual doutrina de proteção especial e integral da criança no Brasil, cuja pedra angular é o Artigo 227 da Constituição de 1988, foi fruto de um intenso processo histórico premido por questões estruturais, como o sistema econômico colonial e escravista, e por disputas de interesses e poder, cujos fatos são indispensáveis para a melhor compreensão do atual funcionamento do direito da criança no Brasil, tanto para entendimento de seus fundamentos, quanto para a elaboração de novos caminhos de transformações necessárias do Direito, das instituições e do comportamento de seus agentes.

Para tanto, o presente capítulo foi organizado em sete itens relativos aos períodos e contextos históricos macros do Brasil: (1.1) O Brasil pré-colonial e o direito nativo das crianças indígenas; (1.2.) O Brasil Colônia (1500-1822): crianças indígenas, europeias e negras africanas; (1.3.) As leis para as crianças do Império; (1.4.) A primeira República (1889-1930); (1.5.) O Estado Getulista (1930-1945); (1.6.) O período democrático (1945-1964); (1.7.) O regime civil-militar (1964-1985); (1.8.) A Constituinte de 1987-1988; (1.9) A Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 e outras influências internacionais.

Contudo, caso o leitor já tenha familiaridade com os conteúdos históricos aqui apresentados, sugere-se o início de leitura da presente tese a partir do Capítulo 2.

1.1. O Brasil pré-colonial e o direito nativo das crianças indígenas

Apesar do Direito ocidental ser atrelado tradicionalmente à ideia de Estado e de uma sistematização de normas válidas para determinado território, é importante destacar e reconhecer a existência de um Direito consuetudinário dos povos tradicionais e sem escrita formal que já habitavam o sul do continente americano quando à chegada dos europeus, conforme defende Thais Luzia Colaço em sua tese de doutoramento acerca do direito indígena pré-colonial³⁶.

Segundo a autora, mesmo com a diversidade de tribos e povos indígenas, o que impossibilita uma padronização dos seus sistemas jurídicos, seria possível

³⁶ COLAÇO, Thaís Luzia. **Incapacidade indígena**: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 22.

reconstituir, ainda que com limitações, um direito consuetudinário guarani³⁷ anterior à intervenção europeia baseado em quatro princípios básicos: a prioridade dos interesses coletivos sobre os individuais, a responsabilidade coletiva, a solidariedade e a reciprocidade.³⁸

“Tais concepções desmentem o mito da centralização jurídica ocidental moderna, fundada na unicidade territorial de um Direito estatal e formal. A historiografia oficial em geral não reconhece a existência, no período anterior à colonização, de várias nações indígenas, cada qual com um Direito próprio, base de suas formas de procedimento no âmbito da propriedade, posse, família, sucessão, matrimônio e delito. Na verdade, a riqueza desses grupos indígenas revela-se na convivência com a pluralidade de valores culturais diversos, organizando suas modalidades de comportamento conforme disposições jurídicas que nada têm a ver com o Direito Estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais do Estado”.³⁹

Interessante notar, contudo, que esse Direito era efetivado e tinha autoridade garantida por todos na comunidade, pois o papel e o poder do líder ou chefe eram limitados, e fundamentado em atributos como experiência, oratória, coragem, habilidades etc., especialmente na capacidade de persuasão, e não na coerção, que inclusive, se exercida, era motivo de perda de prestígio.⁴⁰

Com relação à situação da criança nesses povos ágrafos, há o entendimento de que entre eles existia uma distinção clara entre indivíduos ou categorias de indivíduos, inclusive entre adulto e criança. O principal diferenciador entre esses dois universos eram os rituais de iniciação, aos quais as crianças mais velhas eram submetidas para que pudessem receber “todos os ensinamentos que constituem o ideal da conduta comunitária. Após o seu término, pode considerar-se um homem [ou uma mulher], com plenos direitos e obrigações frente à comunidade”⁴¹. Era por meio da dor física nos rituais e das cicatrizes

³⁷ Os guaranis são uma nação indígena pertencente ao tronco étnico tupi, estão entre as nações mais representativas nas Américas, inclusive pré-colonial, e são também chamados de povos por conterem diversos subgrupos. Eles ocupavam parte do território centro meridional brasileiro, como territórios da Bolívia, Paraguai, Argentina e Uruguai.

³⁸ COLAÇO, op. cit., p. 67.

³⁹ WOLMER, 2003, p. 46.

⁴⁰ COLAÇO, op. cit., p. 26.

⁴¹ RAMOS, 1988, apud COLAÇO, 2006, p. 65.

deixadas no corpo que o indivíduo atestava que aceitou se submeter às regras que fundamentavam toda a vida social da comunidade.⁴²

Sobre a responsabilização pelo cometimento de ações e práticas reprovadas pela comunidade ou consideradas erradas ou ilegais, as crianças eram submetidas à autoridade não só dos pais, mas também de outros membros da comunidade e eram, junto às mulheres, as mais apenadas entre os povos Guaranis, por acreditarem que nelas poderiam estar encarnado algum adulto falecido.⁴³

As crianças participavam, inclusive, das atividades de trabalho e manutenção da tribo, por uma divisão baseada em sexo e idade, com a contribuição de todos, visando a redistribuição comum futura.

Nas tribos, o direito à vida das crianças era norteado por um entendimento relacionado ao conceito de vida baseado em duas concepções:

“Para os indígenas, as pessoas possuíam duas vidas: a primeira o indivíduo adquire ao nascer; a segunda, chamada "força vital", que seria a vida propriamente dita, apenas começaria na fase pré-puberdade, na qual os indivíduos participam dos ritos de iniciação que vão introduzi-los a um novo 'renascer sócio-biológico', adquirindo pleno direito à vida. Portanto, na primeira infância as crianças não recebem a tutela integral do direito à vida.”⁴⁴

Nesse sentido, a prática do infanticídio⁴⁵ era comum, pois o nascimento de crianças era acompanhado de preceitos supersticiosos, e o que prevalecia era o interesse coletivo de sobrevivência do grupo sobre o individual.

Muitos motivos levavam ao infanticídio em diferentes tribos, como a necessidade de intervalo de tempo entre irmãos e o nascimento de gêmeos, pessoas com deficiência ou anomalias genéticas de má-formação. As crianças consideradas órfãs sociais – aquelas de mães prisioneiras, falecidas, parturientes ou lactantes abandonadas pelo marido – também eram mortas. Ainda, era motivo para o infanticídio o interesse de manutenção dos laços do casamento, para se

⁴² Ibid., p. 22.

⁴³ Ibid., p. 44.

⁴⁴ Ibid., p. 48.

⁴⁵ O infanticídio no Brasil é prática ainda existente em comunidades de povos isolados e sem contato com missões religiosas, especialmente como estratégia de sobrevivência do grupo.

evitar novos filhos ou abstinência sexual e também para a prevalência de interesses coletivos diante de calamidades, epidemias e necessidade de rápidas dispersões em grupo.

A prática do infanticídio era fortemente influenciada pelo marcador de gênero, considerando o fato de que havia um “rígido controle do nascimento de mulheres. Se no primeiro parto nascesse menina, seria estrangulada imediatamente. E também eram mortas as meninas nascituras quando havia desequilíbrio entre homens e mulheres”⁴⁶. Registra-se também a prática, já influenciada pelo contato com os europeus, da venda de filhos ou troca por objetos raros, para servirem de escravos aos colonizadores.⁴⁷

Nas relações dentro de uma família ou grupo macrofamiliar denominado *teýy*, caracterizado pela vivência em uma casa comunal com até 60 famílias, o poder familiar sobre as crianças era exercido não somente pelos pais, mas também por qualquer parente adulto, que tinha autoridade para igualmente puni-los ou recompensá-los. A prática da adoção era utilizada como uma modalidade de legitimação de um matrimônio, para transmissão dos valores culturais compartilhados⁴⁸, ou, ainda, quando faltavam mulheres na família, o que era resolvido pela adoção de meninas órfãs, as quais serviam posteriormente como presente a outros homens para celebração de uma espécie de contrato de mútua proteção e compartilhamento de alimentos e bebidas.⁴⁹

Era proibida a prática ou iniciação sexual antes da puberdade e dos ritos iniciáticos, ainda que existente a possibilidade de promessa de casamento de meninas ainda crianças.⁵⁰ Com relação à vida sexual de meninas na tribo e à violação de sua dignidade, a virgindade feminina não era valorizada como em outras sociedades, mas existiam tabus e reprovação, como ter relações com meninas impúberes ou com mulheres durante a menstruação. Meninas de 10 a 12 anos já possuíam idade para o matrimônio, o qual ocorria com anciões sexagenários. Ressalta-se que a prática de estupro contra pessoas da mesma tribo

⁴⁶ COLAÇO, op. cit., p. 49.

⁴⁷ Ibid., p. 48-53.

⁴⁸ Ibid., p. 53-54.

⁴⁹ Ibid., p. 57.

⁵⁰ Ibid., p. 54.

era gravemente vingada, considerando ofensa à família da vítima, mais do que à própria vítima.⁵¹

A posse dos filhos pequenos era da mãe, e a existência da prática do *couvade*, ou seja, o resguardo do pai e sua constante vigília logo após o nascimento da criança até a queda do cordão umbilical, era uma forma mágica de garantir a saúde do recém-nascido e o reconhecimento da paternidade.⁵² Assim, uma criança da tribo sempre é pertencente a determinado grupo macrofamiliar, e ainda que determinada criança ou jovem passasse muito tempo residindo em outra casa que não a dos pais, não havia rompimento de vínculo, e eles tinham a possibilidade de regressar a qualquer momento, quando então os pais recuperavam a autoridade e responsabilidade sobre eles.⁵³

Por fim, destaca-se que a sociedade Guarani pré-colonial dava amplo espaço para o lazer de toda a comunidade, inclusive em brincadeiras com as crianças, atividades alternadas com atividades religiosas e produtivas.⁵⁴ Como observa Câmara Cascudo⁵⁵, as crianças indígenas dedicavam muito tempo a brincadeiras em que imitavam os gestos e atitudes dos pais, com o uso de arcos, flechas e tacapes para os meninos e atividades relacionadas ao preparo do alimento e cuidado dos espaços comuns para as meninas. Além disso, havia a presença de jogos de imitação de animais, com o uso de peteca ou de construção de animais e elementos de fios de palha e outros materiais pelos curumins.

Contudo, conforme destaca Tizuko Kishimoto ao analisar os jogos infantis no Brasil indígena, as brincadeiras eram parte inclusive do cotidiano dos adultos:

“Misturados com os adultos, participando de tudo na tribo, pequenos curumins não se distinguem por comportamentos particulares como o brincar. Adultos e crianças dançam, cantam, imitam animais, cultivam suas atividades e trabalham para sua subsistência. Mesmo os comportamentos descritos como jogos infantis não pertencem ao reduto infantil. Os adultos também brincam de peteca, de jogo de fio e imitam animais. Não se pode falar em jogos típicos de crianças

⁵¹ Ibid., p. 53.

⁵² Ibid., p. 58.

⁵³ Ibid., p. 57.

⁵⁴ Ibid., p. 184.

⁵⁵ CASCUDO, Câmara. **Dicionário do folclore brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Global, 2001.

indígenas. Existem jogos dos indígenas e o significado de jogo é distinto de outras culturas, nas quais a criança destaca-se do mundo adulto.”⁵⁶

Entende-se, portanto, que as crianças eram reconhecidas como membros específicos nas comunidades indígenas no período pré-colonial, o que lhes conferia um tratamento também diverso, nem sempre mais brando ou merecedoras de uma proteção especial, diante do direito consuetudinário Guarani prévio ao período de colonização europeu.

Apesar de ser defendido a falta de hierarquização entre os membros de uma aldeia, compreende-se que a relação entre adultos e crianças indígenas era demarcada por uma dinâmica de desigualdade de poder e pelo exercício de atribuições no âmbito da comunidade, o que possibilitava a predominância das vontades dos adultos sobre as das crianças.

Não eram sociedades igualitárias e, portanto, não possuíam um direito consuetudinário que permitia proteção igualitária perante as normas da comunidade, como afirma Alcida Ramos sobre as sociedades indígenas:

“Existe sempre a diferença entre homens e mulheres, entre jovens e velhos, entre adultos e crianças. Sobre essas diferenças físico-sociais é possível construir diferenças sociopolíticas, o que geralmente ocorre: os homens tendem a exercer maior domínio sobre as mulheres do que vice-versa, e os mais velhos sobre os mais novos.”⁵⁷

1.2. O Brasil Colônia (1500-1822)

Com a chegada dos colonizadores europeus em terras americanas, com sua cultura, ideias e instituições, dá-se início ao período do Brasil colônia, demarcado por um intenso processo de exploração econômica, aculturação das tradições indígenas por meio de missões religiosas e conflitos com os indígenas e o consequente genocídio de suas nações por guerras ou epidemias, como também pela chegada dos negros africanos escravizados, o que marcou para sempre a história do nosso país, cujas chagas continuam abertas e muito expostas.

⁵⁶ KISHIMOTO, Tizuko M. **Jogos infantis**: o jogo, a criança e a educação. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 72.

⁵⁷ RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades indígenas**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1988, p. 26.

Com a empreitada colonizadora, uma diversidade de crianças e infâncias começaram a se espalhar pelos territórios do Brasil colônia: crianças indígenas em aldeias, nas reduções jesuíticas ou escravizadas; crianças portuguesas vindas nas embarcações europeias; crianças negras escravizadas traficadas da África, alforriadas, nascidas libertas ou em resistência nos quilombos; crianças afro-brasileiras, nascidas no Brasil crioulas, pardas ou mulatas; crianças brancas de origem europeia ou filhas dos colonos; crianças de todas as cores abandonadas e criadas nas instituições dos expostos; crianças trabalhadoras, em diversos postos nas fazendas ou nas cidades nascentes, e tantas outras.

As crianças eram as mais afetadas pela vida precária, tanto nas embarcações em alto mar – na figura de trabalhadores grumetes, pajens e órfãs do rei ou como passageiras acompanhando seus pais⁵⁸ – como na própria Colônia – pelas epidemias de doenças das mais variadas, por fome e pobreza –, o que resultava em altos índices de mortalidade infantil⁵⁹. Contudo, a visão medieval europeia propagada pela igreja cristã, da criança como anjo com lugar reservado nos céus, gerava um conformismo exagerado e justificativas religiosas para esse elevado índice.⁶⁰

Esse período também foi demarcado pela expansão da Igreja Católica Apostólica Romana na região, a qual foi responsável, inclusive, por mediar os interesses colonizadores entre Espanha e Portugal e fundamentar a relação dos colonos e padres com os povos ameríndios originários.

Influenciado pelos pensamentos escolásticos do filósofo medieval São Tomás de Aquino, pela interpretação de Bartolomeu de Las Casas⁶¹ e pela influência de missionários dominicanos que solicitavam proteção aos índios, o rei espanhol convocou uma junta de teólogos e juristas, que, após diversas sessões, consolidaram o entendimento de que os índios eram súditos livres do rei da Espanha, desenvolvendo, assim, o conhecido sistema de *encomiendas* pelas Leis de

⁵⁸ RAMOS apud DEL PRIORE, 2010, p. 24-26.

⁵⁹ SANTOS FILHO, L. **História geral da medicina brasileira**. São Paulo: Hucitec/Edusp, 1991.

⁶⁰ RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. História da saúde mental infantil: a criança brasileira da Colônia à República Velha. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 11, n. 1, p. 29-38, jan./abr. 2006, p. 30.

⁶¹ Frade dominicano espanhol, que estudou Direito na Universidade de Salamanca, Espanha, e contrário à ideia de servidão natural dos índios.

Burgos de 1512, que possibilitaram maior proteção para os índios nos territórios espanhóis e o desenvolvimento de um direito indígena.⁶²

Com o entendimento fundado na incapacidade indígena⁶³, a Coroa espanhola desenvolveu uma legislação para garantir proteção aos índios do novo continente, mas levando em consideração os interesses da Coroa, dos conquistadores ou da própria Igreja.⁶⁴

A religiosidade dos colonizadores, tanto portugueses como espanhóis, e a influência do papado, fundada em premissas de expansão da fé cristã, promoveram a instalação das Missões lideradas por padres Jesuítas, chegando ao Brasil em 1549, amparadas e legitimadas por um amplo arcabouço normativo do Direito Canônico, como as bulas *Inter Cetera* I e II, em meio a um intenso debate filosófico e escolástico sobre a natureza dos índios e a possibilidade de torná-los escravos.

1.2.1. Direito missionário, reduções e os povos indígenas

Além de servirem aos interesses das colônias das monarquias ibéricas, defendendo o território e pacificando os índios, os padres jesuítas realizavam contato direto com os indígenas⁶⁵, inclusive com suas crianças, possibilitando um processo gradual e progressivo de imposição da cultura ocidental cristã, modificando aos poucos os costumes e as normas organizadoras das comunidades dos povos indígenas, até mesmo em relação às crianças.

Para os padres jesuítas, as crianças indígenas eram “como o ‘papel blanco’,”

⁶² “1. Os índios são súditos livres do rei espanhol e não escravos. 2. Devem receber instrução religiosa ‘como o Papa ordena em sua bula’. 3. Podem ser empregados em trabalhos úteis, sem prejuízo para a catequese. 4. O trabalho seja suportável e interrompido por tempo de descanso, tanto durante o dia, como no correr do ano. 5. Os índios devem possuir casa e bens próprios. 6. Com vistas a uma conversão rápida e sincera, os nativos devem conviver em estreita com união com os colonos (sistema de comendas!). 7. Pelo trabalho feito, os índios devem receber o correspondente salário.” Cf. COLAÇO, op. cit., p. 146.

⁶³ Segundo Colaço, a incapacidade indígena era uma visão infantilizadora dos índios da América Espanhola, considerando-os incapazes em função de suas condições, mas passíveis de humanização para integrarem-se à civilização.

⁶⁴ Cf. COLAÇO, op. cit., p. 166.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 318.

cera virgem, em que tanto se desejava escrever; e inscrever-se”⁶⁶, possibilitando uma forma mais célere de viabilizar as conversões para o cristianismo no novo continente, pela Companhia de Jesus, criando assim uma nova cristandade e até mesmo formando novos sacerdotes jesuítas, pelo ensino dos meninos índios e filhos de portugueses nascidos na terra, como relata Padre Anchieta ao se referir aos trabalhos do Padre Nóbrega.⁶⁷

Segundo Darcy Ribeiro, as tarefas de conversão do gentio do Novo Mundo pela utopia jesuítica e sua integração na cristandade na Cidade Cristã – algo impensável no Velho Mundo –, foi mais factível na colônia, com “o barro dócil que eram os índios. Inocentes, simples e puros, sobretudo as crianças, ainda com dentes de leite, como dizia Gilberto Freyre”⁶⁸.

Por meio do direito missionário baseado em um sistema comunal de posse da terra e da “junção de práticas político-legais europeias com o solidarismo das reduções indígenas”⁶⁹, apesar de serem poucas e para poucos⁷⁰, as crianças indígenas passaram a ser registradas ao nascer, com o batismo até o oitavo dia de vida, e a terem educação para leitura e escrita (1 em cada 50 índios), sendo para os filhos dos caciques aprendizagem também da gramática latina.

Com o estabelecimento das reduções, terras comunais administradas por jesuítas em pretensa solidariedade com os povos indígenas, especialmente em terras da Bacia Platina (Brasil, Paraguai e Argentina), a chamada *Carta-Magna das Reduções do Paraguai* estabelecia diretrizes e garantia uniformidade aos procedimentos do padres nas missões, como o dever de catequizar crianças, a fundação de escolas apenas para meninos para o ensino de catecismo, leitura, escrita e habilidades musicais,⁷¹ todos como forma de reforçar a doutrina cristã e a participação nas variadas formas da vida religiosa.⁷²

As relações de trabalho assumiram uma força moralizadora, de obrigação,

⁶⁶ CHAMBOULEYRON, Rafael & PRIORE, Mary Del. *Jesuítas e as Crianças no Brasil Quinhentista*. São Paulo: Contexto 2009, p. 58.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁸ RIBEIRO, Darcy 2014, p. 68.

⁶⁹ WOLKMER, op. cit., p. 48.

⁷⁰ DEL PRIORI, op. cit.

⁷¹ COLAÇO, op. cit., p. 197.

⁷² CHAMBOULEYRON, 2009, op. cit., p. 58.

inclusive para as crianças maiores de 7 anos de idade⁷³, conforme afirma Colaço:

“Adolescentes e crianças trabalhavam na roça do *Tupambaé*, pois todas as crianças se tornavam agricultoras a partir dos sete anos de idade. Aos sábados e segundas-feiras eram auxiliadas pelos pais. Os moços limpavam o mato e retiravam o inço dos alçdoais, carregavam a lenha até as olarias e varriam as ruas. As moças colhiam os flocos de algodão e as meninas espantavam os pássaros que atacavam as plantas. Ao meio-dia tocava o sino e todos interrompiam o trabalho por duas horas para almoçar. Depois retornavam ao trabalho até aproximadamente 17 ou 18 horas, dependendo da estação do ano. Após um dia de trabalho, adultos e crianças recebiam a doutrina cristã.”⁷⁴

Com relação à gestão dos bens produzidos nas reduções, as crianças – consideradas aquelas até com idade para casar (15 anos para meninas e 17 anos para meninos) – tinham preferência no recebimento de roupas e alimentos, como frutas e hortaliças, assim como os padres, as mulheres viúvas e os idosos.⁷⁵

Até mesmo com relação às brincadeiras houve uma mudança significativa, pois enquanto a sociedade indígena pré-colonial priorizava as atividades de lazer em conjunto às atividades de produção e práticas religiosas, a vida nas missões era orientada para atividades sistematizadas, disciplinadas e normatizadas.⁷⁶ Havia regras para todos os momentos, como o dever das crianças de participar das missas junto aos adultos após o catecismo, inclusive com punição por meio de castigos públicos, como chibatadas (de quatro a cinco, de acordo com a idade) ou outra forma de suplício, aplicado inicialmente às crianças e executado por seus responsáveis direto, “a fim de lhes ensinar a reverência e o temor dos adultos. Mais tarde, os pais que não castigam os filhos serão chicoteados com eles!”⁷⁷.

Havia, ainda, uma espécie de destituição do poder familiar quando observada a prática de poligamia, a qual era reprimida pela captura das crianças e mulheres.⁷⁸ Além disso, o casamento nas missões tornou-se indissolúvel, com base patriarcal e somente permitido um novo após a viuvez, contrastando diretamente com a cultural indígena de possibilidade de diversos casamentos ou divórcios, quando crianças

⁷³ COLAÇO, op. cit., p. 237.

⁷⁴ Ibid., 242-243.

⁷⁵ Ibid., p. 233.

⁷⁶ Ibid., p. 184-185.

⁷⁷ HAUBERT, p.178, apud COLAÇO, 2006, p. 264.

⁷⁸ Ibid., p. 273.

pequenas ficavam sob guarda majoritariamente das mães.⁷⁹

Interessante notar que nas missões não há registro da continuidade da prática da adoção, anteriormente comum nas comunidades indígenas:

“Aparentemente, aumentou o contingente de órfãos, pois existia o *cotiguaçu* para abrigar as meninas desamparadas, retirando-as do seio de sua família de origem. Quanto aos meninos, não se tem nenhuma informação. Na condição de responsável por toda a população missioneira, adulta ou não, o padre era considerado o pai de todos, órfãos ou não. Mas, com certeza, não substituiu integralmente a família Guarani.”⁸⁰

O infanticídio era considerado crime, com aplicação de uma sanção correspondente pelos padres por meio da instauração de um direito penal público, e não mais sob à jurisdição de cada povo ou tribo indígena.

Com relação à vida das crianças nas missões, é fato que elas eram consideradas grandes aliadas para o cumprimento do direito missionário, coletando e prestando informações aos padres sobre o descumprimento das normas regulamentadoras da moral pública e privada, como infidelidade, enfermidades, nascimento, consumo de bebidas alcoólicas etc.⁸¹ Além disso, poderiam integrar aos grupos conhecidos por Juventudes Jesuíticas⁸², em que tinham uma vida religiosa ainda mais intensa voltada ao controle moral da comunidade, com a presença do autoflagelo, do uso do cilício e da confissão semanal e do resguardo do contato amoroso com outros jovens, com a inclusão do conceito de pecado, algo até então desconhecido da realidade indígena.⁸³ Crianças e adolescentes tornaram-se os mais fiéis aliados dos jesuítas e os que assimilaram mais facilmente a doutrina da fé cristã, suas normas morais e comportamentos de disciplina e obediência.⁸⁴

Assim, constata-se que os padres jesuítas utilizavam do direito missionário para instaurar um nova cultura normativa dentre os povos Guaranis, inclusive no que se refere às crianças indígenas, como bem esclarece Rafael Chambouleyron:

⁷⁹ COLAÇO, op. cit., p. 303.

⁸⁰ Ibid., p. 303-304.

⁸¹ Ibid., p. 256.

⁸² Ibid., p. 257.

⁸³ Ibid., p. 259.

⁸⁴ Ibid., p. 315.

“Em razão de sua vivência apostólica e da própria descoberta da infância, os padres entenderam que era sobre as crianças, essa ‘cera branda’, que deviam imprimir-se os caracteres da fé e virtude cristãs. Para isso elaboraram estratégias e projetos, que se transformavam à medida que se consolidava a própria conquista portuguesa na América, e que seguiam os ventos que traziam e enviavam suas cartas ao Velho Mundo.”⁸⁵

Interessante notar que os conceitos filosóficos dos pensadores e teólogos escolásticos embasaram em grande parte a visão com relação às crianças e o tratamento normativo dado a elas. Destacam-se nesse sentido, os pensamentos de São Tomás de Aquino, que recuperando a filosofia aristotélica, entende a criança, inclusive a indígena, como parte de um projeto maior de educação do ser humano e da formação da sociedade, o que permitia uma relação hierarquizada, patriarcal, por meio de práticas educacionais e religiosas, inclusive pela punição corporal de crianças para o alcance das virtudes cardeais.

Constata-se também nas comunidades missionárias, influenciadas pelos pensamentos de filósofos e teólogos europeus, um desequilíbrio no tratamento das crianças indígenas, também demarcado pela questão de gênero. Padre Manoel da Nóbrega, por exemplo, afirmava que “índios são cães em se comerem e matarem, e são porcos nos vícios e na maneira de se tratarem”⁸⁶, mas se suas crianças fossem afastadas de seu convívio, elas poderiam ser educadas à maneira europeia e livre das “tentações”.⁸⁷

Conforme diversas cartas de Padre Anchieta endereçadas à escola de Piratininga, fica evidente que a visão jesuítica relacionada aos índios e suas crianças era carregada de valorações de desprestígio da cultura indígena, pela observação da suposta falta de ordem, organização, hierarquia e obediência em comparação com a cultura europeia. Anchieta, em carta de 1555, descreve os “meninos Índios, bem instruídos em leitura, escrita e em bons costumes, os quais abominam os usos de seus progenitores. São eles a consolação nossa, bem que seus

⁸⁵ CHAMBOULEYRON apud DEL PRIORI, 2010, p. 113-114.

⁸⁶ FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006, p. 50.

⁸⁷ COUTO, Jorge. **A construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais de Quinhentos**. 2. ed. Lisboa: Ed. Cosmos, 1997, p. 318.

pais já pareçam mui diferentes nos costumes dos de outras terras; pois que não matam, não comem os inimigos, nem bebem da maneira dantes o faziam”⁸⁸.

Como bem escreve Darcy Ribeiro sobre a fé missionária dos jesuítas:

“O espantoso para quem medita hoje esse drama é o vigor da fé missionária daqueles santos homens, que chegaram até à subversão na luta por seu ideal. Depois de transigir sem limites, interpretando em tom transcendental a conquista como mal necessário, a porta da estrada que se abria ao caminho da fé pelo flagelo, caíram em si e começaram a ver seu próprio papel conivente. Durante décadas não disseram nenhuma palavra de piedade pelos milhares de índios mortos, pelas aldeias incendiadas, pelas crianças, pelas mulheres e homens escravizados, aos milhões. Tudo isso eles viram silentes. Ou até mesmo, como Anchieta, cantando essas façanhas em milhares de versos servis. Para eles, toda aquela dor era dor necessária para colorir as faces da aurora, que eles viam amanhecendo.”⁸⁹

Importante destacar que a escravização de índios era prática predominante ao longo de todo o primeiro século, algo recorrente, estimulado e desejada pelos colonos para realização das atividades exploratórias:

“Escravizavam-se índios em decorrência de ‘guerras justas’, isto é, guerras consideradas defensivas, ou como punição pela prática de antropofagia. Escravizava-se também pelo resgate, isto é, a compra de indígenas prisioneiros de outras tribos, que estavam para ser devorados em ritual antropofágico. Só em 1758 a Coroa determinou a libertação definitiva dos indígenas.”⁹⁰

Darcy Ribeiro aponta que:

“Milhares de índios foram incorporados por essa via à sociedade colonial. Incorporados não para se integrarem nela na qualidade de membros, mas para serem desgastados até a morte, servindo como bestas de carga a quem deles se apropriava. Assim foi ao longo dos séculos, uma vez que cada frente de expansão que se abria sobre uma área nova, deparando lá com tribos arredias, fazia delas imediatamente um manancial de trabalhadores cativos e de mulheres capturadas para o trabalho agrícola, para a gestação de crianças e para o cativo doméstico.”⁹¹

⁸⁸ ANCHIETA, José de. **Cartas**: informações, fragmentos históricos e sermões. São Paulo: Edusp, 1988, p. 89.

⁸⁹ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Ed. Global, 2014, p. 70.

⁹⁰ FAUSTO, 2006, op. cit., p. 52.

⁹¹ WOLKMER, op. cit., p. 115.

Cabe ressaltar que os índios eram submetidos ao regime dos Juízes dos Órfãos no direito português colonial por serem identificados completamente incapazes, como as crianças.⁹² Nesse sentido, Wolkmer compreende que “o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário. Autores como João Bernardino Gonzaga admitem uma justiça penal indígena, no tempo do descobrimento, ainda que seja impossível estabelecer um único direito criminal, gerado por uma fonte superior em face das diversidades existentes entre os incontáveis grupos indígenas (inexistência de homogeneidade até mesmo entre nações nativas maiores, como a dos tupis), tampouco pode-se reconhecer qualquer influência dessas práticas penais sobre o Direito dos conquistadores lusitanos”⁹³.

Por fim, durante o período colonial no Brasil também era vigente e com grande importância o direito canônico. Até 1707, ele era baseado nas normas do Concílio de Trento, com as interpretações das Constituições de Évora e Lisboa, que previa catecismos para o ensino da doutrina cristã às crianças, inclusive para a evangelização daquelas de outros povos. Após 1709, foram promulgadas no território nacional as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, um verdadeiro código jurídico-eclesiástico, que, apesar de versarem sobre as normas no âmbito dos serviços e rituais litúrgicos (como a língua das missas, o repertório dos cantos etc.), determinavam igualmente recomendações expressas de conduta social consideradas fiéis aos textos sacros, influenciando, assim, a prática social colonial, com “diretrizes religiosas, jurídicas e ideológicas, que mandaram e ordenaram, puniram e justificaram as punições, segundo a ideia de ‘Dilatação da Fé e do Império Português’, em um âmbito de poder ilimitado no território colonial”⁹⁴.

⁹² Id., 1996, p. 225.

⁹³ WOLKMER, op. cit., p. 52-53.

⁹⁴ CASIMIRO, Ana Palmira S. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia: educação, lei, ordem e justiça no Brasil Colonial**. Disponível em: <https://histedbrnovo.fe.unicamp.br/pf-histedbr/navegando/artigos_pdf/Ana_Palmira_Casimiro1_artigo.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019, p. 23.

1.2.2. O Direito português na Colônia e as crianças livres

Conforme o Tratado de Tordesilhas, de 1494, grande parte do território conhecido como Brasil era colônia portuguesa, a qual era regida por uma compilação dos costumes e leis vigentes em diversos âmbitos, como penal e civil, em Portugal conhecidas como Ordenações do Reino: as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manoelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Além das Ordenações, constituíram o direito colonial de origem português as Leis Extravagantes e as Consultas do Conselho Ultramarino e respectivas resoluções reais.

Assim, desde o início do processo colonizador exploratório, houve uma intencionalidade na marginalização e descaso pelas práticas costumeiras do Direito nativo indígena, por meio da implementação de uma ordem normativa oficial, de cunho jusnaturalista e, posteriormente, positivista, o que progressivamente criou as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista e colonizador de Portugal.⁹⁵

Nesse sentido, a presença de uma burocracia e de representantes constituídos para aplicação da lei, especialmente pela administração da justiça, era fundamental para o sucesso colonizatório.⁹⁶ Contudo, a instalação da burocracia se deu durante o período colonial por meio da “simbiose de funções administrativas, policias e jurisdicionais de que se investiam a maior parte das autoridades coloniais, ainda que denominadas de juízes, implicou o desenvolvimento de um *ethos* que mais representava os interesses locais e dos potentados das capitanias, mito distante da ideia de uma organização judiciária como se compreende hoje”⁹⁷.

Nas Ordenações Afonsinas, concluída em 1446 por D. Afonso V, foram criados os juízes especiais, os juízes dos órfãos, para lidarem tanto com os direitos reais de órfãos – como os inventários dos bens, indicação de tutor – quanto com

⁹⁵ WOLKMER, op. cit., p. 45.

⁹⁶ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁹⁷ CHAVES, Luciano Athayde. O Poder Judiciário brasileiro na colônia e no império: (des)centralização, independência e autonomia. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 293, dez. 2017., p. 293.

crimes que crianças pudessem cometer.

Com relação à capacidade penal, a equiparação das crianças aos adultos não era total, ainda que os juízes contassem com grande discricionariedade. Nas Ordenações Afonsinas, para as crianças menores de 17 anos de idade não deveria ser aplicada a pena de morte, mas sim punições corporais, penas pecuniárias, prisões e até mesmo degredo. Contudo, procurava-se manter a tradição de se evitar os chamados “tormentos” ou penas degradantes. Já nas Ordenações Filipinas, ficou estabelecido que a capacidade penal iniciava-se aos 7 anos, mas com redução da pena conforme discricionariedade do juiz. Entre os 17 e os 20 anos, a criança era tratada como jovem-adulto, o que poderia conduzi-la à pena de morte.⁹⁸

Uma das primeiras normas a considerar a condição especial do indivíduo tido como criança no Brasil e consolidar o dever do Estado na observação dos seus interesses foi as Ordenações Reais, que apesar de serem parte da estrutura jurídica do império português do século XVIII, abrangiam também suas colônias, inclusive o Brasil, onde algumas de suas disposições tiveram vigência até a edição do Código Civil de 1916.

Com relação às crianças, as Ordenações Manuelinas versavam, sobretudo, sobre a sucessão e disposição de bens, doação e herança, aos filhos⁹⁹, as quais poderiam ser deserdadas, com heranças e doações revogadas em caso de ingratidão ou negligência filial ou quando a filha se casasse sem autoridade de seu pai antes dos 25 anos¹⁰⁰. Ainda, determinavam algumas regras para reconhecimento de filhos¹⁰¹, adoção e outras práticas de filiação. Fato interessante é a disposição que impede a prática do cárcere privado, mas abre exceção para aqueles que querem encarcerar seu servo ou filho, “para os castigar e emendar de más manhas e costumes que houverem; cá em tal caso os poderá cada um prender”¹⁰².

⁹⁸ GONÇALVES, João Luís. **Uma breve história do Direito das Crianças e dos Jovens**. Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018, p. 45-46.

⁹⁹ Ordenações Manuelinas, IV, pp. 131-135, In: Silvia, p. 59-60; ou, ainda, Ordenações Filipinas, IV, pp. 789-791 e Ordenações Filipinas, IV, pp. 954- 968. LARA, Silvia Hunold. **Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa**. In: ANDRÉS-GALLEGO, Jose (Coord). *Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica*. Madrid: Fundación Histórica Tavera/Digibis/Fundación Hernando de Larramendi, 2000, p. 98 e 108.

¹⁰⁰ Título 72, Ordenações Manuelinas, IV, p. 187. In: *Ibid.*, p. 59-60.

¹⁰¹ Ordenações Manuelinas V, pp. 82-85. In: *Ibid.*, p. 66.

¹⁰² Ordenações Manuelinas, V, pp. 216-217. In: *Ibid.*, p. 73.

As Ordenações Filipinas, replicando muito das regras das Ordenações anteriores, mas com redação de maior clareza, criaram os juizes de órfãos, os quais tinham a função de serem guardiões das crianças órfãs sem cuidado parental e de suas heranças, indicando tutores e curadores maiores de 25 anos.¹⁰³ Por mais que o centro de sua atuação fosse primordialmente solucionar as questões sucessórias envolvidas nos bens desses órfãos, as Ordenações expressaram igualmente uma preocupação com a “criação” e o cuidado desses indivíduos, como mostra o trecho a seguir:

“E não tendo eles nem elas por onde os criar, sejam requeridos seus parentes, que os mandem criar. E não o querendo fazer, ou sendo filhos de Religiosos, ou de mulheres casadas, os mandarão criar a custa dos Hospitais, ou Albergarias, que houver na cidade, vila ou lugar, se tiver bens ordenados para criação dos enjeitados (1): de modo que as crianças não morram por falta de criação. E não havendo ali Hospitais e Albergarias, se criarão á custa das rendas do Conselho (2). E não tendo o Conselho rendas, para que se possam criar, os Officiais da Câmara lançarão finta pelas pessoas, que nas fintas e encarregos do Concelho hão de pagar.”¹⁰⁴

Houve a edição de outras leis para resolver as necessidades da Colônia, como as denominadas Leis Extravagantes e a Lei da Boa Razão, de 1769, no período pombalino, a qual alterou profundamente a sistemática das fontes do Direito português, consolidando a predominância da legislação pátria.¹⁰⁵ Essa última, minimizando a autoridade do Direito Romano e reforçando sua contrariedade às leis morais cristãs e às leis portuguesas, definia regras uniformizadoras para interpretação e aplicação das leis na Colônia.¹⁰⁶

Com relação às crianças, a Lei da Boa Razão, além de analisar conceitos do Direito Romano em matéria de sucessão¹⁰⁷, como herança e doação etc., trouxe elementos condenatórios às práticas romanas, como a possibilidade de um pai

¹⁰³ Ordenações Filipinas, IV, pp. 994-1004. In: *Ibid.*, p.108.

¹⁰⁴ Ordenações Filipinas, Livro I, Título LXXXVIII, Dos Juizes dos Órfãos, item 11. In: *Ibid.*

¹⁰⁵ CABRAL, Gustavo César Machado. A Lei da Boa Razão e as fontes do direito: investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais do Conpedi**. Fortaleza: jun. 2010.

¹⁰⁶ WOLKMER, op. cit..

¹⁰⁷ TELLES, José Homem Corrêa. Item 11. In: **Commentario critico á Lei da Boa Razão**. Lisboa: Tipographia de Maria da Madre de Deus, 1865, p. 11. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>>.

oprimido pela pobreza vender o filho recém-nascido¹⁰⁸ e a desobrigação do pai alimentar os filhos considerados espúrios¹⁰⁹, classificando-as como contrárias ao direito natural e das gentes. Importante notar a visão sobre adoção na mesma lei, que considera a prática como exemplo de leis romanas, que “contém vestígios do paganismo e opostas à moral cristã, ou costumes modernos”¹¹⁰ e afirma que “as adoções, e adrogações de filhos alheios, de que ainda há vestígios nas Leis do reino, por costume antigo não se usam mais. Cab. 2. P. Dec. 70. Assim como também não se usa a legitimação por oblação da Cúria, nem emancipação antiga dos Romanos”¹¹¹.

Contudo, segundo pesquisa historiográfica de Alessandra Moreno sobre a adoção e suas práticas jurídicas e sociais no Império Luso-Brasileiro (XVIII-XIX)¹¹², juristas dos séculos XVI ao XIX e estudiosos do século XX, consensuaram no entendimento do desuso ou da ausência do instituto da adoção no Império Luso-Brasileiro e, portanto, da omissão legal sobre a prática.¹¹³ Segundo Maria Luiza Marcílio assevera: “(...) sem o estatuto da adoção – que surgiu na legislação brasileira apenas no século XX – só se podia adotar uma criança informalmente, como filhos de criação sem direito à sucessão”¹¹⁴.

Contudo, tal consenso, segundo a própria autora, deve ser visto com cautela, tendo em vista o caráter dinâmico da sociedade e das leis e os caminhos alternativos forjados pela prática jurídica e social para a realização da adoção legalizada, ainda que não citada pela legislação à época, e com transmissão e sucessão de bens sem limitação ao parentesco sanguíneo.¹¹⁵ Um dos documentos jurídicos utilizados para essa incorporação sociofamiliar de filhos alheios (crianças órfãs, abandonadas ou filhas de parentes próximos) eram as cartas de adoção, baseadas no Direito Romano e utilizadas durante esse período para a legalização da

¹⁰⁸ Item 66, cf. TELLES, 1865, p. 38.

¹⁰⁹ Item 67, cf. TELLES, 1865, p. 38.

¹¹⁰ TELLES, op. cit.

¹¹¹ Item 63, cf. TELLES, 1865, p. 38.

¹¹² MORENO, Alessandra Zorzetto. Adoção: práticas jurídicas e sociais no Império Luso-Brasileiro (XVIII-XIX). *História*, São Paulo, v. 28, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v28n2/15.pdf>>.

¹¹³ MORENO, op. cit., p. 452-453.

¹¹⁴ MARCILIO, 1998, p. 301 apud MORENO, 2009, p. 453.

¹¹⁵ MORENO, op. cit., p. 455.

adoção.¹¹⁶

Ainda com o registro da existência da prática da adoção legalizada, essa, sem dúvida, não era disseminada, e a maioria das crianças sem cuidados parentais durante o período colonial ficava desamparada e entregue às violências múltiplas das ruas, da falta de alimentos e cuidados de saúde. Entretanto, segundo as Ordenações do Reino, o Estado, por suas câmaras municipais, deveria amparar toda criança abandonada em seu território durante o período colonial, mas como assevera Marcílio:

“Esta assistência, quando existiu, não criou nenhuma entidade especial para acolher os pequenos desamparados. As câmaras que amparavam seus expostos limitaram-se a pagar um estipêndio irrisório para que amas-de-leite amamentassem e criassem as crianças.”¹¹⁷

Assim, raramente as municipalidades assumiam essa responsabilidade, alegando falta de recursos, o que relegava as crianças órfãs ou às famílias que as encontravam e realizam seu cuidado por caridade ou interesse de mão de obra futura, ou às rodas dos expostos, uma das instituições brasileiras de cunho caritativo de mais longa vida que cumpria o papel de dar assistência à criança abandonada em todo o Brasil, implantadas no século XVIII nas três cidades mais importantes à época: Salvador (1726), Rio de Janeiro (1738) e Recife (1789).¹¹⁸

Contudo, interessante notar que a criação da roda dos expostos era assunto da administração pública da colônia, considerando que nas três cidades foram os governadores que, mobilizados pela situação de calamidade de abandono de crianças nas ruas, escreviam às autoridades reais sobre a necessidade de ser criada a roda dos expostos em suas municipalidades, solicitando recursos e apoio.¹¹⁹

Inclusive, em 1815, o próprio príncipe regente de Portugal e dos Algarves, Dom João, editou provisão sobre o tema das crianças expostas, determinando o recebimento, matrícula e cuidado de todas elas:

¹¹⁶ Ibid., p. 461.

¹¹⁷ MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil. 1726-1950. In: **História social da Infância no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2016, p. 51.

¹¹⁸ Ibid., p. 52.

¹¹⁹ Ibid., p. 59-60.

“Fui servido ordenar-lhe que recebesse, matriculasse e mandasse criar todas as crianças que lhe fossem expostas, sem diferença ou atenção à diversidade da cor, porque todas elas têm direito à minha real proteção; e que nunca entrasse na indagação dos pais das crianças expostas, porque, além de ser essa indagação muito incoerente e absurda, é também contrária aos fins do estabelecimento da criação dos expostos. O que mando participar-vos para vossa inteligência.”¹²⁰

Como forma de buscar alternativas para o futuro dessas crianças, as instituições das rodas buscavam encaminhar as crianças para aprendizagem de ofícios – como ferreiro, sapateiro, caixeiro, balconista – ou às escolas militares de aprendizes, para os meninos, e funções domésticas, para as meninas.¹²¹ Importante ressaltar que visando à preservação da honra e castidade das meninas, foram criados espaços específicos de recolhimento para meninas órfãs.¹²²

Ainda sobre o cuidado de crianças consideradas sem cuidado parental, o alvará de lei de 20 de setembro de 1760, estabelece regras para os filhos de ciganos, ordenando que “os rapazes de pequena idade filhos dos ditos ciganos se entreguem judicialmente a mestres que lhes ensinemos os ofícios e artes mecânicas, e aos adultos, se lhes assente praça de soldados e por alguns tempos se repartam pelos presídios, de sorte que nunca estejam muito juntos em um mesmo presídio, ou se façam trabalhar nas obras públicas, pagando-se-lhe o seu justo salário”¹²³.

Interessante notar que em Consultas emitidas pelo Conselho português, perguntas e pedidos de governadores de capitanias sobre a administração das mesmas relação à administração e relação com os escravos, inclusive crianças, eram frequentes. Conforme Consulta emitida em 6 de agosto de 1723 feita pelo governador de Minas, Dom Lourenço de Almeida, o governador solicitou “que vossa majestade mande promulgar uma lei, pela qual proíba que nenhum mulato possa ser herdeiro de seu pai, ainda que não tenha outro filho branco, pois desta sorte ficarão mais abatidos”¹²⁴. Em resposta, após dar vistas ao procurador da Coroa, que acreditou ser sim competência do governador editar tal lei proibitiva, o

¹²⁰ Provisão de 26 de junho de 1815, CLB, Decisões, 1815, p. 15. In: LARA, 2000, op. cit., p. 415.

¹²¹ Ibid., p. 173.

¹²² Ibid., p. 74.

¹²³ ANTT, Leis do Reino, 1639 a 1816 (Série Preta, 2227); BNL, Collecção das Leys, SC4831A, fls. 243-244v; ACL, Morato, 16, doc. 104. In: Ibid., p. 339.

¹²⁴ IHGB, 1-1-21, fls. 208-214v. In: LARA, 2000, op. cit., p. 516.

Conselho – apenas com forte contrariedade e contra fundamentação do conselheiro João Pedro de Lemos – igualmente entendeu que o Rei de Portugal poderia lavrar lei que impede que os mulatos nas Minas possam suceder a seus pais, mesmo que desrespeite provisões das Ordenações do Reino, afirmando que elas podem ser revogadas para a Colônia.¹²⁵

Faz-se necessário destacar o desenvolvimento da administração da colônia, que possibilitou a implementação de outros serviços, como escolas disponibilizadas pela Coroa, especialmente para as crianças livres. Nesse sentido, destaca-se a reforma educacional empreendida por Marquês de Pombal, o qual baniu o trabalho missionário e catequético da Companhia de Jesus e instituiu as bases de uma educação pública no Brasil, na tentativa tanto de suprir a lacuna deixada pelos jesuítas, como também para modernização da sociedade colonial, como forma de melhor servir à economia portuguesa e fortalecer o regime absolutista.¹²⁶

Contudo, o processo de educação assemelhava-se mais a um processo de “adestramento”, nas palavras de Mary Del Priore:

“Pouco a pouco, a educação e a medicina vão burilando as crianças do Brasil colonial. Mais do que lutar pela sua sobrevivência, tarefa que educadores e médicos compartilhavam com os pais, procurava-se adestrar a criança, preparando-a para assumir responsabilidades. Uma certa consciência sobre a importância deste preparo vai tomando forma, no decorrer do século XVIII, na vida social. O reconhecimento de códigos de comportamento e o cuidado com o aspecto exterior eram fenômenos naquele momento, em via de estruturação até mesmo entre crianças. Tais códigos eram bastante diferenciados entre os núcleos sociais distintos: os livres e os escravos; os que viviam em ambiente rural e em ambiente urbano; os ricos e pobres; os órfãos e abandonados e os que tinham família etc. Apesar das diferenças, a idade os unia. Aos “meúdos” convinha uma formação comum, quer dizer, cristã, e as circunstâncias socioeconômicas convidavam-lhes a amoldar-se a diferentes tradições culturais e costumes sociais e educativos. Entre os séculos XVI e XVIII, com a percepção da criança como algo diferente do adulto, vimos surgir uma preocupação educativa que traduzia-se em sensíveis cuidados de ordem psicológica e pedagógica.”¹²⁷

Constata-se, assim, que as diversas infâncias eram tratadas de formas

¹²⁵ Ibid, p. 513.

¹²⁶ SECO, Ana Paula; AMARAL, Tania C. I. Marquês de Pombal e a reforma educacional brasileira. In: **Navegando na História da Educação Brasileira**. HISTEDBR, FE-Unicamp. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html>.

¹²⁷ DEL PRIORI, op. cit., p. 151.

diferentes, de acordo com os núcleos sociais aos quais pertenciam: colonos, negros ou indígenas.

Darcy Ribeiro aponta que nem mesmo as crianças se livraram da brutalidade do “pasto de nossa fúria” diante das violências e práticas de escravidão dos indígenas e negros africanos:

“Todos nós, brasileiros, somos carne da carne daqueles pretos e índios supliciados. Todos nós brasileiros somos, por igual, a mão possessa que os supliciou. A doçura mais terna e a crueldade mais atroz aqui se conjugaram para fazer de nós a gente sentida e sofrida que somos e a gente insensível e brutal, que também somos. Descendentes de escravos e de senhores de escravos seremos sempre servos da malignidade destilada e instalada em nós, tanto pelo sentimento da dor intencionalmente produzida para doer mais, quanto pelo exercício da brutalidade sobre homens, sobre mulheres, sobre crianças convertidas em pasto de nossa fúria. A mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco a cicatriz de torturador impressa na alma e pronta a explodir na brutalidade racista e classista. Ela é que incandesce, ainda hoje, em tanta autoridade brasileira predisposta a torturar, seviciar e machucar os pobres que lhes caem às mãos. Ela, porém, provocando crescente indignação, nos dará forças, amanhã, para conter os possessos e criar aqui uma sociedade solidária.”¹²⁸

1.2.3. As crianças negras, o tráfico atlântico, a escravidão africana e as leis coloniais escravistas

Diante da resistência indígena às várias formas de sujeição pela guerra, pela fuga, pela recusa ao trabalho compulsório ou, ainda, pelo próprio genocídio da população nativa, tanto pelas epidemias como pelas guerras com os colonizadores, o tráfico de escravos africanos foi uma alternativa encontrada pela Coroa portuguesa para dar continuidade e expansão à empreitada exploratória colonial para o enriquecimento da metrópole.

Com o início da grande diáspora negra, os primeiros negros africanos chegaram ao Brasil entre 1539 e 1542. Estima-se que entre 1550 e 1855 foram trazidos pelos portos brasileiros mais de 4 milhões de escravos, na maioria jovens do sexo masculino. Provenientes de dois grandes ramos étnicos, os sudaneses e os bantos, eram de diferentes locais na África, como da Guiné (Bissau e Cacheu) e da Costa da Mina no século XVI, e do Congo e da Angola do século XVIII em

¹²⁸ RIBEIRO, op. cit., p. 141-142.

diante.¹²⁹

Parte de várias tribos ou reinos – como os iorubas, jejes, tapas, hauçás, entre os sudaneses; e os angolas, bengalas, monjolos, moçambiques, entre os bantos¹³⁰ –, os negros africanos advinham de comunidades com culturas e sistemas normativos consuetudinários próprios, o que dificulta uma sistematização e até mesmo uma transposição dessas culturas normativas para a realidade na Colônia brasileira.

A presença de crianças entre os escravos traficados era comum, ainda que de forma variável ao longo do tempo. Segundo estudos sobre o tráfico de crianças escravas para o Brasil, 10% dos escravos transportados do porto de Luanda, em Angola, entre 1734 e 1769, eram crianças, o que representava cerca de, no mínimo, 9.220 crianças (sendo 542 crianças por ano).^{131,132}

O tráfico de crianças africanas negras era regulamentado pela Coroa portuguesa, que em 1758 editou um alvará que estabeleceu novas taxas e critérios para a saída de escravos nos portos de Angola. A partir desse alvará, era cobrado um imposto de 8\$700, além de \$300 de subsídio por cada escravo, inclusive criança (denominada de “pleno direito”) que ultrapassasse quatro palmos (cerca de 1 metro) de altura, distinguindo-as em duas categorias: as “crias de pé”, que já caminhavam e meditam até quatro palmos, e as “crias de peito”, ainda atreladas às mães. As “crias de pé” tinham um desconto de 50% nos impostos, enquanto as “de peito” não seriam computadas para tal fim.¹³³

Desde a captura até o transporte nos navios negreiros, as crianças eram submetidas a uma série de situações de violência e perigo: presas por correntes de ferro, batizadas e marcadas com ferro antes de embarcarem, alojadas em compartimentos superlotados, sem alimentação adequada e com alta prevalência de doenças, entre outras situações indignas a qualquer ser humano.¹³⁴

¹²⁹ FAUSTO, op. cit., p. 51.

¹³⁰ Ibid., p. 51.

¹³¹ Aqui não são computadas as crianças “de pleno direito” para fins da regulação tributária, ou seja, aquelas maiores de quatro palmos.

¹³² GUTIÉRREZ, Horacio. O Tráfico de Crianças Escravas para o Brasil durante o século XVIII. **Revista História**, São Paulo, p. 59-72, jan./jul. 1989, p. 62.

¹³³ Ibid., p. 62.

¹³⁴ Ibid., p. 68.

Se sobrevivessem ao percurso no Atlântico e após serem vendidas nos mercados em terras coloniais, as crianças eram encaminhadas para diferentes trabalhos nas minas¹³⁵, nas lavouras ou trabalhos domésticos¹³⁶, muitas vezes separadas de seus familiares, onde sofreriam as mazelas da senzala e da chibata de seus senhores. Para efeitos do trabalho, um escravo permanecia criança até a idade de 7 para 8 anos¹³⁷, o que não impedia a verificação de crianças de 4 anos já trabalhando no serviço doméstico¹³⁸, conforme retratou Jean-Baptiste Debret em cenas de trabalho de crianças escravas na sua viagem ao Brasil¹³⁹.

Todo o processo que envolvia tráfico – captura, transporte e venda – e posse de escravos negros africanos no Brasil colonial era demarcado por uma recorrente normatização por parte dos poderes instituídos da Coroa portuguesa e dos fiscais locais, tanto no continente africano quanto no americano, como narra a obra pioneira *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*, de Agostinho Marques Perdigão Malheiro, presidente do Instituto dos Advogados do Brasil entre 1861 e 1866.

Em uma análise atual e minuciosa das legislações da época, a pesquisa *Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa*, de Silvia Hunold Lara, evidenciou três grandes categorias de leis escravagistas dos séculos XVIII e XIX: as Ordenações Reais, a Legislação Extravagante e as Consultas do Conselho Ultramarino e respectivas resoluções reais.¹⁴⁰

Com relação às crianças ou filhos de escravos, conforme citam proficuamente as legislações coletadas, pode-se constatar a presença dos seguintes temas: (i) a preocupação com o batismo cristão¹⁴¹; (ii) a necessidade de

¹³⁵ Ibid., p. 62.

¹³⁶ PINHEIRO, Maria Cristina Luz. O Trabalho de Crianças Escravas na Cidade de Salvador 1850-1888. *Afro-Ásia*, 32 (2005), p. 159-183., p. 182.

¹³⁷ MATTOSO In: DEL PRIORE (Org.), 1991, p. 81.

¹³⁸ MOTT, Maria Lúcia de Barros. A criança escrava na literatura de viagens. *Cadernos de Pesquisa*, n. 31, 1972, p. 61.

¹³⁹ DEBRET apud MOTT, 1972, p. 6.

¹⁴⁰ LARA, Silvia Hunold. "**Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa**". in: ANDRÉS-GALLEGO, Jose (Coord). *Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica*. Madrid: Fundación Histórica Tavera/Digibis/Fundación Hernando de Larramendi, 2000, p.9.

¹⁴¹ "1 - E quanto às crianças que em nossos reinos e senhorios nascerem das escravas que das ditas partes de Guiné vierem, mandamos que os seus senhores, sob as ditas penas, as façam batizar aos tempos que os filhos dos cristãos e cristãs se devem e costumam batizar." (Ordenações

identificação e separação de crianças dos adultos para contabilização e cobrança do devido imposto real¹⁴²; (iii) o acolhimento e sustento de crianças desamparadas e sem família nas instituições dos expostos “sem diferença ou atenção à diversidade da cor”¹⁴³; (iv) declarações casuísticas de libertação de crianças de mães alforriadas¹⁴⁴ ou encontradas na porta de instituição religiosa após abandono¹⁴⁵; (v) possibilidade de receber doações de senhores; (vi) definição da liberdade dos filhos de escravos¹⁴⁶; (vii) estabelecimento de regras processuais, como a idade de 17 anos, para citação em causas civis ou penais sobre a liberdade do escravo que se disputa entre o senhor e os filhos do escravo, depois dele morto¹⁴⁷; (viii) penas para crimes cometidos, como o lançamento de foguetes¹⁴⁸, e limitação para transmissão da pena ao filho ou escravo¹⁴⁹; (ix) tratamento da filiação e bens dos filhos de peões, escravos encarregados com a pecuária na colônia; (x) proibição, confisco ou penas para o uso de vestimentas finas e requintadas para crianças filhas de negro ou mulato, ainda que alforriados ou nascidos livres¹⁵⁰; (xi) decretos e decisões do governo sobre a matrícula, bens, trânsito de filhos de escravos, entre outros temas¹⁵¹.

Importante ressaltar que em Portugal continental, a escravatura foi abolida legalmente por Marquês de Pombal em 1761. Contudo, com a insistência da

Manuelinas, V, p. 300-301, In: HUNOLD, 2000, op. cit., p. 76.

¹⁴² Alvará com força de lei de 24 de novembro de 1813 (p. 405), CLB, 1813, p. 48-55; A. Delgado da Silva, Suplemento, III, p. 536-543; ACL, Morato, 35, doc. 92; Aesp, Araújo, II, p. 94-98.

¹⁴³ Crianças negras e pardas também podiam ser acolhidas pelas instituições das rodas dos expostos, que cuidavam de crianças desamparadas e sem cuidado familiar, conforme Provisão de 26 de junho de 1815, CLB, Decisões, 1815, p. 15. In: LARA, 2000, op. cit., p. 415.

¹⁴⁴ "N.º 244 - AGRICULTURA, COMÉRCIO E OBRAS PÚBLICAS - EM 23 DE JUNHO DE 1815. Declara que são livres duas crianças cujas mães foram alforriadas com condição, embora as mesmas crianças tivessem sido matriculadas". (1815, p. 196, In: LARA, 2000, op. cit., p. 638)

¹⁴⁵ "N.º 276 - AGRICULTURA, COMÉRCIO E OBRAS PÚBLICAS - EM 6 DE MAIO DE 1878. Declara que deve ser considerada livre, e como tal tratada em todas as suas relações, uma criança de cor preta de 4 a 5 anos de idade, encontrada à porta da Casa do Vigário da freguesia de S. Mateus e por este recolhida". (1878, p. 190, In: LARA, 2000, op. cit., p. 640).

¹⁴⁶ Alvará de 1682, Acordo de 1678 entre Gamba Zumba e o governador de Pernambuco, Silvia, p. 42.

¹⁴⁷ Ordenações Manuelinas, III, p. 27-35. In: LARA, 2000, op. cit., p. 55.

¹⁴⁸ ACL, Documentos (Ms. Az. 95), fls. 201-202v. In: LARA, 2000, op. cit., p. 247.

¹⁴⁹ OM, V, p. 45-47. In: LARA, 2000, op. cit., p. 65.

¹⁵⁰ Capítulo IX, O alvará com força de lei de 21 de abril de 1751, Appendix das Leys, p. 19-24; ACL, Morato, 13, doc. 54; BNLMS, Legislação, sem cota; BNLMS, Collecção Josephina, PBA, Cod. 453, fls. 35-42v; In: LARA, 2000, op. cit., p. 309.

¹⁵¹ LARA, 2000, op. cit., p. 584- 664.

prática, Pombal edita novo ato, o Alvará com força de lei de 16 de janeiro de 1773, uma Lei do Ventre Livre de Portugal Continental, carregado de palavras fortes de condenação da prática:

“Debaixo do pretexto de que os ventres das mães escravas não podem produzir filhos livres, conforme o direito civil; e não permitindo, nem ainda o mesmo direito, de que se tem feito um tão grande abuso, que aos descendentes dos escravos, em que não há mais culpa que a da sua infeliz condição de cativos, se estenda a infâmia do cativo, além do termo que as leis determinam, contra os que descendem dos mais abomináveis réus dos atrocíssimos crimes de lesa majestade divina ou humana.”¹⁵²

Ressalta-se, além disso, que ainda que o projeto colonizador pelos europeus e de expansão religiosa pelos jesuítas previssem um ideal tido como civilizatório dos povos “selvagens”, não há uma só palavra sobre a educação formal para crianças negras ou de filhos de escravos, com exceção das práticas religiosas, que eram obrigatórias.¹⁵³ Ainda, a escola pública criada por Pombal para atender as necessidades da população “livre e vacinada”, proibia a presença de crianças escravas, com raras exceções para crianças libertas pobres (provavelmente mulatas ou negras) que demonstrassem capacidade ou distinção.¹⁵⁴

Como bem afirma Julita Scarano ao analisar as crianças esquecidas das Minas Gerais, especialmente as filhas de escravas, negras ou mulatas:

“Causa espanto a desvalorização com que eram tidos os escravos, sobretudo as escravas e mais ainda as crianças, pouquíssimo mencionadas em assuntos de vida diária nos documentos oficiais que tratam da região das minas e que se encontram conservados em arquivos. Por exemplo, em relação à questão alimentar e aos cuidados necessários para uma vida sadia, vemos uma preocupação maior em relação aos cavalos do que aos escravos. Fazendo um cômputo do interesse manifestado em relação aos seres humanos cativos, escreve-se mais sobre o bom tratamento de animais que servem de montaria e são

¹⁵² ANTT, Leis Originais, mar. 7, n. 108; BNL, Collecção Josephina, PBA, Cod. 455, fls. 193-194; BNL, Collecção das Leis, Decretos e Alvarás, 1750 - 1807, SC1191A, ACL, Morato, 20, doc. 61; MPP, Collecção de Leys... D. José I, vol VII, p. 199. In: LARA, 2000, op. cit., p. 360.

¹⁵³ DEL PRIORI, M. **A criança negra no Brasil**. In JACÓ-VILELA, AM., and SATO, L., orgs. Diálogos

em psicologia social [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2012, p. 236.

¹⁵⁴ Ibid., p. 237.

usados para serviços do que sobre os escravos que também eram usados para o serviço dos mais poderosos. Quanto às crianças negras que não podiam participar dos trabalhos e propiciar lucro, não encontramos manifestações de preocupação com seu bem-estar. É curioso notar que mesmo os viajantes que percorreram Minas Gerais no século XIX falam pouco do mundo infantil e se nota que não se interessavam muito pelas crianças, viam apenas as questões que lhes pareciam mais insólitas.”¹⁵⁵

Contudo, as histórias dessas crianças podem ser reconstruídas pela análise de inventários *post-mortem* de proprietários de escravos falecidos, que registraram o mercado das crianças cativas¹⁵⁶; nos livros de batismos, que contam as relações sociais dessas crianças com seus pais e padrinhos e madrinhas¹⁵⁷; e pelos relatos, ainda que sujeitos a críticas, de cientistas e artistas que passaram pelo Brasil colonial, como Saint-Hilaire, Maria Graham, Henry Koster e Debret, os quais apontaram cenas cotidianas dessas crianças.¹⁵⁸

1.2.4. A resistência e o direito consuetudinário nas comunidades quilombolas

Apesar de uma estrutura colonizadora baseada na exploração das terras e matérias-primas da Colônia e da mão de obra escrava, os negros organizaram respostas engajadas e importantes estratégias de resistência à escravidão, ainda que silenciadas ou negligenciadas pela história oficial. Desde insubordinações e rebeldias cotidianas, de revoltas e rebeliões organizadas, da fuga e, até mesmo, do estabelecimento de quilombos, comunidades à margem do sistema oficial português.¹⁵⁹

No âmbito das fundamentais micro-histórias de resistência, além das importantes ações de pessoas libertas na luta abolicionista, como a do jangadeiro,

¹⁵⁵ SCARANO apud DEL PRIORI, 2010, p. 173-174.

¹⁵⁶ DEL PRIORE, 2010, p. 260-261.

¹⁵⁷ Ibid., p. 264-265.

¹⁵⁸ Ibid., p. 267-274.

¹⁵⁹ ÁGUAS, Carla Ladeira Pimentel. **Quilombo em festa : pós-colonialismos e os caminhos da emancipação social**. Tese de doutoramento em Sociologia (Pós-Colonialismos e Cidadania Global), apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Boaventura de Sousa Santos e António Sousa Ribeiro. Coimbra, 2012, p. 113-116.

o Dragão do Mar, Chico da Matilde¹⁶⁰ e dos abolicionistas Raul Pompeia, Luís Gama e Joaquim Nabuco¹⁶¹, escravos opuseram-se igualmente contra a escravidão, desafiando estereótipos históricos de suposta “submissão natural” do negro escravizado. Destaca-se, neste sentido, a ainda pouco difundida atuação da jovem escrava Esperança Garcia. Em 6 de setembro de 1970, uma carta escrita por ela foi enviada ao governador da Província do Piauí, relatando e denunciando as agressões e violações sofridas por ela, seus filhos e também suas companheiras em situação de escravidão, pelo administrador da fazenda de gado da Coroa portuguesa¹⁶²:

“A primeira é que há grandes trovoadas de pancadas em um filho nem, sendo uma criança que lhe fez extrair sangue pela boca; em mim não poço explicar que sou um colchão de pancadas, tanto que caí uma vez do sobrado abaixo, peada, por misericórdia de Deus escapei. A segunda estou eu e mais minhas parceiras por confessar a três anos. É uma criança minha e duas mais por batizar.”¹⁶³

Tais movimentos de resistência e oposição à estrutura escravocrata não se resumiram aos universos individuais, mas também resultaram em ações coletivas de luta social, como a importante Revolta ou Levante dos Malês, em 1835, quando cerca de 600 escravos de maioria mulçumana, especialmente os do centro urbano em Salvador, Bahia, rebelaram-se para buscar sua liberdade.¹⁶⁴

Além de revoltas, escravos organizaram-se por meio dos quilombos, os quais, como afirma Wolkmer, fazem parte do essencial resgate histórico de um pluralismo jurídico comunitário, o que constitui formas primárias e autênticas de um “direito insurgente, eficaz, não-estatal”¹⁶⁵.

¹⁶⁰ XAVIER, Patrícia Pereira. **O Dragão do Mar na Terra da Luz: a construção do herói jangadeiro (1934-1958)**. 2010. 142 f. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

¹⁶¹ BRAGA-PINTO, César. The Honor of the Abolitionist and the Shamefulness of Slavery: Raul Pompeia, Luís Gama and Joaquim Nabuco. **Luso-Brazilian Review**. 51(2), dez. 2014, p. 170-199.

¹⁶² Cf. MOTT, 1985 e MOURA, Clóvis. **Dicionário da escravidão negra no Brasil**. São Paulo: Edusp, 2004.

¹⁶³ Conteúdo da carta de Esperança Garcia (SILVA et al, 2015).

¹⁶⁴ REIS, João José. **Rebelião Escrava no Brasil: a história do levante dos Malês em 1835**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

¹⁶⁵ WOLKMER, op. cit., p. 50.

O quilombo, nome dado pelos portugueses, conforme definição extraída da consulta do rei de Portugal ao Conselho Ultramarítimo, era “toda habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”. Contudo, esclarece Carla Águas em sua tese de doutoramento sobre quilombos brasileiros, que essas comunidades eram, em verdade, diferentes formas de acesso à terra, sendo a fuga de escravos uma de suas formas de conformação. Os moradores dessas comunidades as denominavam de “cerca” ou “mocambo”, e muitas delas, em função das recorrentes práticas de trocas mercantis, não eram isoladas, mas sim próximas dos centros urbanos.¹⁶⁶ Conforme afirma a autora:

“Apesar da grande diversidade de quilombos, com formas de organização e culturas variadas, de maneira bastante abrangente é possível dizer que muitas das comunidades foram – e continuam a ser – caracterizadas por alguns elementos: destacam-se, por exemplo, as lógicas de reciprocidade entre os seus membros, o uso de áreas comuns e os estreitos vínculos entre terra e identidade.”¹⁶⁷

Um de seus exemplos mais expressivos é o quilombo de Palmares, ao sul da então capitania de Pernambuco, onde chagaram a viver entre 10 mil e 20 mil pessoas lideradas pelo Zumbi dos Palmares, morto pela invasão de mais de 9 mil homens ao quilombo liderada pelo bandeirante Diogo Jorge Velho.¹⁶⁸

Em 10 de março de 1682, a Coroa portuguesa editou alvará determinando que os negros ou mulatos que estivessem em Palmares fossem considerados livres ou cativos, de acordo com a condição anterior deles ou de seus antepassados terem entrado no quilombo. A regra valeria inclusive para as crianças que excedessem a idade de 7 anos, “porque nos maiores é para temer a mesma repetição da fuga e, com esta, os danos que se experimentam; e dos menores é jurídico o temor da imitação dos pais, herdada por sangue e derivada por natureza.”¹⁶⁹

Ainda são incipientes os estudos que procuram traçar as normas jurídicas

¹⁶⁶ ÁGUAS, 2012, op. cit., p. 118.

¹⁶⁷ Ibid., p. 121.

¹⁶⁸ Ibid., p. 120.

¹⁶⁹ Alvará de 10 de março de 1682, OF, 2, pp. 1045-1046; DH, 32, p. 376- 384; Malheiro, II, p. 177-184. In: LARA, 2000, op. cit., p. 187.

consuetudinárias que organizam as comunidades quilombolas a partir do período colonial até os dias de hoje, especialmente no que se refere ao tratamento de crianças e sua convivência familiar e comunitária.

Mesmo no âmbito das análises historiográficas amplas, existe uma dificuldade de reprodução total das tradições e costumes nos quilombos, inclusive com relação à criança e em função das misturas de costumes e tradições africanas, indígenas e também portuguesas, como a presença do catolicismo.¹⁷⁰

Como afirma Scarano, informes mais precisos a respeito das crianças que nasceram e viveram nos quilombos não são tão fáceis de se encontrar, pois as crianças “formaram uma população à parte enquanto viveram em liberdade, participando da vida do grupo e nele crescendo. Aquelas que foram aprisionadas quando seu território foi invadido e suas habitações destruídas, se tornaram escravas e integraram o miserável grupo dos cativos ou não sobreviveram às lutas. A ferocidade dos ataques levou a muitos crimes, mesmo contra a infância.”¹⁷¹

Como forma de ilustrar a vida das crianças nessas comunidades, serão utilizadas narrativas colhidas em pesquisas antropológicas atuais em comunidades quilombolas remanescentes ainda hoje, as quais podem apontar indícios e registros das normas consuetudinárias transmitidas intergeracionalmente pelas histórias orais presentes em comunidades atuais. São comunidades patrilocais, tendo o pai como centro da autoridade e do poder para decidir sobre a vida dos grupos familiares de sua linhagem de filhos e filhas, com a limitação na autoridade dos genros.¹⁷²

Segundo relatos coletados na comunidade de Furnas do Dionísio, ela foi fundada em tradições africanas “de respeito ao pai, aos antepassados, como um valor estruturante da comunidade. Os membros da comunidade enfatizam o poder do chefe de família, a autoridade do pai e a precedência sobre ela da autoridade do avô, dos antepassados, do ancestral”¹⁷³.

O nascimento de novas crianças é marcado pela presença de ritos de

¹⁷⁰ SCARANO In: DEL PRIORE, 2010, p. 189.

¹⁷¹ Ibid., p. 189-190.

¹⁷² BANDEIRA, Maria de Lourdes; DANTAS, Triana de Veneza Sodré e. Furnas de Dionísio (MS). In: O'DWYWER, Eliane Cantarino (Org.). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 226.

¹⁷³ Ibid., p. 224.

passagem e experiências transcendentais:

“Ao nascer, a entrada de um novo ser no mundo também envolver um rito de passagem, uma espécie de noviciado, de estabelecimento no mundo dos vivos. Também há cantos para nascer. Além dos ritos de defumação, de colocar a tesoura aberta em baixo da cama para corta a língua da bruxa, entidade malévola que costuma chupar a vida do recém-nascidos pelo umbigo, a criança deve permanecer sete dias sem sair de casa. O tempo de passagem para a vida e para morte tem duração simétrica: sete dias.”¹⁷⁴

Nos quilombos, as crianças participam do trabalho da comunidade nas coletas de frutos e plantas, na criação de animais ou no roçado das plantações, sendo “comum ouvir falar que a brincadeira das crianças é ‘tirar toco’, uma maneira de dizer que a infância parece muito curta, pois desde cedo as crianças participam no trabalho dos roçados”¹⁷⁵. Outro exemplo da atividade de crianças, especialmente das meninas, é a quebra do coco de babaçu para venda ou consumo familiar.¹⁷⁶

Com relação ao espaço para as brincadeiras entre as crianças e sua participação nas festividades da comunidade, “as crianças não eram como hoje, não podiam ir à festa, tinham que brincar em separado, a gente marava o boi, socava muito arroz, e cada um trazia sua farinha, a garapa era dada pelo juiz da festa, que sabia quem podia beber e quanto”¹⁷⁷.

Sobre o cuidado de crianças sem mãe ou pai, destaca-se importante registro:

“Uma geração liga-se à outra por compromisso de obediência, de prestações e contraprestações. Uma geração tem compromisso com a que sucede. Uma informante de fora do grupo observou: “criança, não tem abandonada. Tios e madrinha assumem. Não tem tempo ruim para receber criança. E a criança é bem recebida, sem problema, sem dificuldade, não tem diferença”. A geração tem compromisso com a que precede. “Mãe, pai, parente que é velho, uma filha, uma sobrinha cuida,

¹⁷⁴ Ibid., p. 243.

¹⁷⁵ SOUZA, Vania Rocha Fialho de Paiva e. Conceição das Crioulas, Salgueiro (PE) In: O'DWYWER, Eliane Cantarino (Org.). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 136.

¹⁷⁶ SOUZA, Vania Rocha Fialho de Paiva e. Jamary dos Pretos, Município de Turiaçu (MA). In: O'DWYWER, Eliane Cantarino (Org.). **Quilombos: identidade étnica e territorialidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002, p. 195.

¹⁷⁷ Ibid., p. 196.

num deixa perecer.”¹⁷⁸

As relações entre famílias e crianças no exercício do poder parental e familiar são demarcadas pela alternância entre o disciplinamento da palavra impositiva, do grito, do castigo e da violência, com a demonstração de afeto, religiosidade e palavras persuasivas, conforme relatos que descrevem que as crianças são criadas para respeitar os mais velhos e as autoridades, e por isso os pais se utilizavam muito de castigos corporais contra os filhos para impor respeito, limitando a liberdade das crianças¹⁷⁹:

“Aqui a criação é com rigidez. Principalmente o pai. Por um olhar, um gesto, qualquer coisa que o pai achar em desacordo, o pai bate, quanto mais por alguma palavra ou alguma má-criação. Aí então é que bate mesmo. E se der um pio leva outra surra de relho, de chicote, de pau, do que o pai quiser.”¹⁸⁰

Contudo, enquanto a relação entre pai, mãe e filhos é demarcada por dinâmicas tensas e cerimoniosas, a relação avô, avós e crianças é permeada por afetividade, ternura, alegria, cumplicidade, compreensão e proximidade interditas na relação entre pais e filhos.¹⁸¹

1.3. As leis para as crianças do Império

Com a invasão do território português, após a celebração do Tratado de Fontainebleau, de 1807, a corte e a Coroa portuguesas se retiraram para as terras coloniais brasileiras, encontrando no porto do Rio de Janeiro em 1808.

Na mudança do Império Português para o Brasil, a burocracia também é reforçada, inclusive no âmbito dos órgãos da Justiça, sendo criado o tribunal da Casa de Suplicação do Brasil em 1808 e novos postos de juízes de vintena, juízes ordinários, “juízes de fora” e juízes de órfãos.¹⁸²

¹⁷⁸ BANDEIRA; DANTAS, op. cit., p. 225.

¹⁷⁹ Ibid., p. 226.

¹⁸⁰ Idem.

¹⁸¹ Ibid., p. 227.

¹⁸² CHAVES, op. cit., p. 296.

Com a independência do Brasil de Portugal em 7 de setembro de 1822, inaugura-se no Brasil a fase do Império e de um Estado-nação independente, inclusive com a promulgação de uma nova Constituição em 1824, escrita a portas fechadas pelo imperador D. Pedro I e dez homens de confiança do Partido Português pela falta de consenso do Plenário, elencando direitos dos novos cidadãos brasileiros, mas, sob influência e poder dos proprietários de terras, sem mencionar o sistema escravista ou os escravos, ainda que constituíssem grande parte da base social no Brasil e fossem os responsáveis por manter o funcionamento de todo o sistema de produção.¹⁸³

Contudo, a preocupação com a situação dos escravos, especialmente mães e crianças, foi tema dessa primeira Constituinte brasileira por meio de José Bonifácio, que colocou no artigo 18 do seu projeto de lei uma Representação à Assembleia Nacional Constituinte do Brasil sobre a Escravatura. Tal esforço resultou no artigo 179, n. 19, segundo o qual estariam “abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”, o que na prática não ocorreu, inclusive em legislações posteriores, como no Código Criminal de 1830, que impunha penas cruéis aos escravos, inclusive açoites¹⁸⁴.

Sobre o cuidado das crianças abandonadas, foi continuado o modelo colonial da roda dos expostos e do Juizado de Órfãos da Corte, inclusive com expansão para outras cidades, como Florianópolis (1828) e São Paulo (1825), na qual entre 1741 a 1845 foram contabilizados 3.468 batizados de expostos¹⁸⁵.

Importante registrar a atuação do Juizado de Órfãos com relação às crianças detidas pelas polícias – muitas delas não órfãs, mas abandonadas ou vítimas de destituição do poder familiar –, as quais eram sistematicamente encaminhadas pelo juízo às casas de famílias ricas para a realização de atividades domésticas, ainda que com a possibilidade de educação às custas do tutor.¹⁸⁶

¹⁸³ ÁGUAS, 2012, op. cit., p. 101.

¹⁸⁴ PRUDENTE, E. A. DE J. **O negro na ordem jurídica brasileira**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 83, p. 135-149, 1 jan. 1988, p. 136.

¹⁸⁵ Ibid., p. 61.

¹⁸⁶ PINHEIRO, Luciana de Araújo. **O magistrado paternal: o Juiz Mello Mattos e a assistência e proteção à infância (1924-1933)**. 2014. 231 f. Tese (Doutorado em História das Ciências e da Saúde)-Casa de Oswaldo Cruz Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014, p. 37.

Ainda que durante o primeiro reinado tenha ocorrido a progressiva promulgação de novas leis que restringiam o sistema escravista por pressão inglesa, como a proibição do tráfico negreiro em 1827 e a determinação do Ministro da Justiça Diogo Feijó de liberdade aos escravos traficados ilegalmente para o Brasil em 1831, a escravização de negros africanos continuou como prática, inclusive com maior volume do que anteriormente, por desrespeito às leis e atendimento aos interesses da elite rural brasileira, como registra com espanto Joaquim Nabuco em sua obra *O Abolicionismo*.¹⁸⁷

José Bonifácio, em discurso forte endereçado à Constituinte, reforçou o posicionamento de abolicionistas, exortando:

“Ainda hoje perto de quarenta mil criaturas humanas são anualmente arrancadas da África, privadas de seus lares, de seus pais, filhos e irmãos, transportadas as nossas regiões, sem a menor esperança de respirarem outra vez os pátrios ares, e destinadas a trabalhar toda vida debaixo do açoite cruel de seus senhores, elas, seu filhos, e os filhos de seus filhos para todo o sempre!”¹⁸⁸

Ele propôs o fim da escravidão dentro de 4 ou 5 anos e, até lá, um período de transição com medidas mitigadoras das práticas escravistas, com artigos que versavam sobre crianças escravas: (i) proibição de separação de menores de 12 anos dos seus pais, como também da mãe escrava não casada de seus filhos¹⁸⁹; (ii) provisão de que se o senhor tivesse filhos com alguma escrava, seria obrigado a libertar mãe e filhos, sustentando-os até os 15 anos¹⁹⁰; (iii) proibição de crianças escravas antes dos 12 anos serem empregadas em trabalhos insalubres ou extenuantes¹⁹¹; (iv) limitação do trabalho para escravas grávidas¹⁹² e estipulação de horas de descanso¹⁹³.

¹⁸⁷ ÁGUAS, 2012, op. cit., p. 101-102.

¹⁸⁸ SILVA, José Bonifácio D’Andrada e. **Representação à Assembleia Constituinte Legislativa do Império do Brasil sobre a Escravatura**. Paris: Typographia de Firmin Didot, 1825, p. 9. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/518681>>.

¹⁸⁹ Ibid., p. 29.

¹⁹⁰ Ibid., p. 30.

¹⁹¹ Ibid., p. 31.

¹⁹² Ibid., p. 31.

¹⁹³ Ibid., p. 32.

Após pressão das câmaras municipais, sentindo-se oneradas pelo dever de cuidado com as crianças abandonadas, foi aprovada a Lei dos Municípios de 1828, feita para “incentivar a iniciativa particular a assumir a tarefa de criar as crianças abandonadas, liberando as municipalidades deste serviço. Com base nela surgiram, dentro de novo espírito filantrópico e utilitarista, algumas rodas de expostos. Quase todas essas foram de diminutas dimensões e de precárias condições para assistir os pobres pequenos enjeitados”¹⁹⁴. Segundo a nova lei, seria a Assembleia Legislativa Provincial a responsável por garantir subsídio às entidades religiosas conhecidas por Casas de Misericórdia, inaugurando uma nova fase de associação de parceria público e privado, por orientação filantrópica e não mais caritativa na assistência.¹⁹⁵

Já em 16 de dezembro de 1830, o Código Penal Imperial, influenciado pelo Código Penal Francês de 1810, define em seu artigo 10º a inimputabilidade do indivíduo menor de 14 anos, reconhecendo mais uma vez a necessidade de tratamento diferenciado.¹⁹⁶ Tal tratamento jurídico também foi dado aos escravos menores de 14 anos, conforme determinou o Aviso n. 190 de 17 de julho de 1852, do então Ministério dos Negócios da Justiça, ao analisar o caso específico do crime de homicídio de uma escrava com 13 anos de idade.¹⁹⁷ Segundo o artigo 13 do mesmo Código, os menores de 14 anos que cometessem crimes deveriam ser “recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que que o recolhimento não exceda à idade de dezessete anos”.¹⁹⁸

Já com relação às crianças escravas maiores de 14 anos, a lei nº 4 de 10 de junho de 1835, já do período da Regência, estabeleceu pena de morte aos escravos ou escravas que matassem, ferissem gravemente ou fizessem qualquer outra grave ofensa física ao seu senhor ou familiares, estabelecendo regras para o processo.¹⁹⁹

¹⁹⁴ MARCÍLIO, op. cit., p. 62.

¹⁹⁵ Ibid., p. 60.

¹⁹⁶ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império**. Casa Civil, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>.

¹⁹⁷ Aviso n. 190 de 17 de julho de 1852. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/AVISO%20190_17_JUL_1852.pdf>.

¹⁹⁸ BRASIL. Artigo 13. **Código Criminal do Império**. Casa Civil, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>.

¹⁹⁹ BRASIL, Lei nº 4 de 10 de junho de 1835, Planalto. Disponível em:

A lei de 26 de outubro de 1831 eleva às penas aos vadios, de um a seis meses de prisão com trabalho, o que atingiu de forma grande crianças nos crescentes centros urbanos.

Na Consolidação das Leis Civis em 1858, o Código Civil do Império, que não menciona a escravidão em nenhum dos seus artigos, há previsões expressas à vida das crianças, inclusive com parte específica sobre paternidade, maternidade e filiação (Título II, Capítulos I, II e III), abordando temas como: (i) consentimento dos pais homens, tutores, curadores ou juízes para casamento (artigo 101); (ii) regime de sucessão ou transmissão de bens; (iii) administração de bens dos filhos; (iii) natureza da filiação (natural, legítimo ou ilegítimo); (iv) regulação da prática da adoção; (v) estabelecimento da competência dos juízes para legitimação filial e confirmação de adoção; e (vi) regulação da tutela e curatela.

Interessante notar que para fins do direito civil, conforme interpretação do Ministério dos Negócios da Justiça em Aviso n. 312 de 20 de outubro de 1859, o poder familiar era exercido exclusivamente pelo pai, considerando a criança órfã na falta deste, mesmo com a mãe viva.²⁰⁰

Destaca-se, ainda, durante o período do Império, especialmente no final do século XIX, durante o Segundo Reinado, a prática da alforria, ou manumissão, que privilegiou os escravos nascidos no Brasil, crioulos e, especialmente, pardos, representando 69% do universo das alforrias. Tal prática privilegiou igualmente crianças menores de 14 anos.²⁰¹

No final do século XIX, havia altos índices de mortalidade infantil, conforme estudos de higienistas, como o Dr. Haddock Lobo, que apontou que entre 1845 e 1947, 51,9% da mortalidade total da população eram crianças de um a dez anos de idade.²⁰²

Visão higienista da criança, debates sobre a mortalidade infantil na Academia Brasileira de Medicina, alimentação, amamentação e vestuário

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM4.htm

²⁰⁰ CIESP. **Aviso n. 312 de 20 de outubro de 1859**. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/AVISO%20312_20_OUT_1859.pdf>.

²⁰¹ MARQUESE, Rafael de Bivar. A dinâmica da escravidão no Brasil: resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX. **Novos estud. CEBRAP**, São Paulo, n. 74, mar. 2006, p. 114.

²⁰² COSTA, J. F. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 162

impróprios, transmissão de doenças, falta de tratamento médico.²⁰³ Iniciou-se uma nova fase assistencialista filantrópica no Brasil, preponderante até os anos 1960, por meio de associações da sociedade civil de amparo à infância:

“A partir dos anos de 1860, surgiram inúmeras instituições de proteção à infância desamparada. Uma Casa dos Educandos Artífices foi criada no Maranhão, em 1855. No Rio de Janeiro fundou-se o Instituto dos Menores Artesãos (1861); em Niterói (1882) foi fundado o Asilo para a Infância Desvalida; uma colônia agrícola surgiu em São Luís do Maranhão (1888). Colônias agrícolas “orfanológicas” foram criadas na Bahia, Fortaleza e Recife, seguindo o modelo das colônias de Mettray, da França ou de Red Hill, da Inglaterra. Em 1887, a cidade do Rio de Janeiro possuía uma lista considerável de estabelecimentos de abrigo e educação para menores desvalidos, de caráter público ou particular.”²⁰⁴

Contudo, importante destacar que as instituições de acolhimento das crianças órfãs durante o Império eram majoritariamente para crianças descendentes de colonos europeus, como indica o próprio nome de uma delas: Órfãs Brancas do Colégio Imaculada Conceição, de 1854. Segundo Irene Rizzini, em estudo minucioso da institucionalização no Brasil, “outros grupos sociais e étnicos povoaram os internatos, embora de forma tímida. Os filhos de escravas, os ingênuos (aqueles nascidos livres com a Lei do Ventre Livre, de 1871) e as crianças indígenas não foram alvos privilegiados das intervenções das instituições religiosas, privadas ou governamentais, no Império brasileiro”²⁰⁵.

Cabe ressaltar a situação das crianças indígenas, muitas ainda no sistema das reduções e da catequese jesuítica. Conforme Decisão n. 275 de 21 de setembro de 1870 do então Ministério dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, é determinada a criação do Collegio Isabel, uma escola para crianças indígenas de diversas tribos do vale do rio Araguaya, na antiga Província de Goyaz.

Com o objetivo de educação e instrução para “habilitar os meninos a serem para o futuro intermediários para com as tribos a que pertençam, atraindo-

²⁰³ RIBEIRO, 2006, p. 30.

²⁰⁴ Ibid., p. 75.

²⁰⁵ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004, p. 27.

lhes aos hábitos sociais”²⁰⁶, na decisão, há instruções específicas para organização, direção e regime econômico da escola, como: (i) o ensino da doutrina cristã, alfabetização e música; (ii) o ensino profissional: ferraria e carpintaria aplicados à construção naval para os meninos e trabalhos de agulha e tear para as meninas; (iii) o ensino das práticas de agriculturas, inclusive das plantas habituais dos indígenas; (iv) a contratação de professores que conheçam as línguas indígenas dos alunos; (v) a construção de prédio; (vi) a previsão de crédito especial nos recursos da Província de Goyay, do Pará ou do Tesouro Nacional.²⁰⁷

Importante registrar, todavia, que apesar da situação de escravidão, a relação entre as crianças negras escravas e suas famílias, especialmente com as mães, era demarcada por intensa proximidade; as crianças acompanhavam suas mães nas tarefas do cotidiano e mantinham as tradições africanas, como a mastigação prévia de alimentos sólidos pelos adultos para então passá-los às crianças pequenas, como afirma Mary del Priori:

“Teresa da Bavieira pintou em 1888 uma negra baiana em todo o seu esplendor; negra que carregava na cabeça um imenso tabuleiro, repleto de bananas, levando nas costas um menino de mais ou menos dois anos de idade, cuja ponta do pé balança-se alegremente fora de sua cadeira de pano. A proximidade com o seio materno, com o dialeto, no qual as mulheres se comunicavam os adornos de coral e os balangandãs que usavam contra forças maléficas e até a forma como penteavam seus cabelos e o de suas crias, fazia parte deste território do eu, dividido, no aconchego do colo, entre mãe e filho.”²⁰⁸

Segundo a historiadora, a relação das mães e crianças negras africanas, por meio da linguagem e transmissão oral de histórias da cultura africana, inundou o imaginário infantil, reverberando até os dias de hoje:

“Para se comunicar, as mães negras criaram uma linguagem que em muito colaborou para enternecer as relações entre o mundo infantil e o mundo adulto. Reduplicando as sílabas tônicas, pronunciavam com

²⁰⁶ Artigo 3o, Decisão n. 275 de 21 de setembro de 1870 do então Ministério dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

²⁰⁷ CIESPI. **Decisão n. 275 de 21 de setembro de 1870**. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/DECIS%20%20275_%2021_SET_1870.pdf>.

²⁰⁸ DEL PRIORI, 2010, p. 239-240.

especial encanto: dodói, cacá, pipi, bumbum, tentem, dindinho, bimbina. Para adormecê-los contavam-lhes estórias de negros velhos africanos, papa-figos, boitatá e cabras-cabriolas.”²⁰⁹

Em uma libertação gradual dos escravos, fomentada tanto pela pressão comercial inglesa quanto pelos movimentos nacionais emancipatórios e abolicionistas, inclusive dentro do universo jurídico liderado por figuras como o advogado da liberdade Luiz Gonzaga Pinto da Gama, a escravidão foi sendo restringida legalmente. Em 1850, é aprovada no Brasil a Lei 581 de 4 de setembro de 1850, a conhecida Lei Eusébio de Queiroz, que proíbe novamente o tráfico de escravos ao Brasil, mas desta vez com maior efetividade, o que permitiu uma queda significativa do número de pessoas traficadas.

A Lei do Ventre Livre, Lei n. 2.040 de 28 de setembro de 1871, consolida o entendimento da abolição gradual, determinando que ela se daria pela liberdade do ventre escravo²¹⁰. Além de garantir, ao menos formalmente, a liberdade de todas as crianças nascidas de mães escravas no Império, as crianças igênuas, estabeleceu a obrigatoriedade daquelas com até 8 anos de idade serem criadas pelos senhores, os quais poderiam, ao final desse tempo, decidir receber uma indenização ou utilizar os serviços da criança até completar os 21 anos, mediante pagamento e outras responsabilidades.²¹¹

Foi somente após a Lei dos Sexagenários de 1885, que a escravidão encontrou seu fim jurídico no Brasil, por meio da Lei n. 3.353 de 13 de maio de 1888, a chamada Lei Áurea, por ato da Princesa Imperial Regente, um ano e meio antes da proclamação da República por Marechal Deodoro da Fonseca, encerrando o período imperial brasileiro, com a destituição e deportação do imperador D. Pedro II.

Mesmo com a abolição, as crianças moradoras de antigas senzalas continuavam a trabalhar nas fazendas, sem as mínimas condições básicas de

²⁰⁹ Ibid., p. 240

²¹⁰ LAIDLER, Christiane. A lei do ventre livre: interesse e disputas em torno do projeto de “abolição gradual”. **Revista Escritos da Fundação Casa de Rui Barbosa**, ano 5, n. 5, 2011, p. 169.

²¹¹ Artigos 1º e 2º, Lei n. 2.040 de 28 de setembro de 1871. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm>.

trabalho e moradia ou acesso à boa alimentação, saúde e educação.²¹² Poderiam, ainda, ser entregues ao governo imperial mediante indenização para que fossem trabalhar nas colônias agrícolas e institutos profissionais, o que aconteceu com poucos, apenas 113 filhos de escravas até 1885.²¹³

Para as que não tinham o mesmo destino, as ruas dos centros urbanos eram uma opção comum, para a realização de pequenos trabalhos em troca de comida ou pequenos valores, especialmente pela falta de instituições caritativas que acolhessem as crianças negras descendentes de escravos, como a Escola Doméstica Nossa Senhora do Amparo, que recebia meninas, mas não permitia “jamais, nesta classe de meninas pobres e desvalidas, as ingênuas ou libertas”²¹⁴. Houve raras exceções, como o Asilo de Meninos Desvalidos no Rio de Janeiro, a Escola Central de 1877 e a Colônia Agrícola Blasiana, na província, que recebiam crianças negras órfãs²¹⁵ e focavam no ensino profissionalizante.

Para as crianças livres, mas sem cuidado ou moradia, as então denominadas “menores indigentes ou vagabundos”, o Aviso n. 50 de 1885 determinava que elas deveriam ser encaminhadas às companhias de aprendizes de guerra ou da marinha, aos asilos dos meninos desvalidos ou receber um salário, a “soldada”, no caso dos órfãos ou filhos de pais desconhecidos.²¹⁶

Com relação à prática da “soldada”, especialmente para meninas que realizavam trabalhos domésticos em lares de famílias consideradas idóneas, Irma Rizzini esclarece:

“A soldada era o processo através do qual, qualquer pessoa, necessitando de alguém para prestar serviços domésticos, procurava o Juiz, solicitando a entrega da menor, antecipadamente escolhida, mediante a soldada. O juiz interrogava a menor a respeito e, sendo de sua aceitação, autorizava a entrega após a assinatura do termo de responsabilidade pelo requerente. Este comprometia-se a depositar

²¹² DEL PRIORI, 2012, op. cit., p. 232- 253.

²¹³ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 28.

²¹⁴ HÓSTIA. Ir. Aurea de Jesus. **O Padre Siqueira sua vida e sua obra**. Petrópolis:Vozes, 2013, p. 148-149.

²¹⁵ STAMATTO, Maria Inês Sucupira. Assistência social educativa para a infância desvalida (Brasil, 1822-1889). **Revista Iberoamericana de Educación**, vol. 75, pp. 89-110, 2017, p. 105-107.

²¹⁶ CIESPI. **Aviso n. 50 de 27 de novembro de 1885**. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/AVISO%206_26_MAR_1892.pdf>.

mensalmente em caderneta de poupança da menor, sendo uma pequena parte entregue em suas mãos.”²¹⁷

Com a mudança da base da mão de obra brasileira pelo fim da escravidão, o tema da criança trabalhadora livre e da criança “abandonada e delinquente” começa a emergir, tanto como forma de suprir a necessidade de mão de obra do começo da industrialização brasileira, como para encaminhar as crianças que perambulavam pelas cidades, em sua maioria negras, em busca de trabalho para sobrevivência ou cuidado, o que começava a atrair a atenção de juristas e médicos, que os denominavam “desgraçados, sem teto, sem lar, sem educação, sem instrução e sem ordem”.²¹⁸

Importante, por fim, ressaltar que apesar da progressiva especificação das leis na abordagem às crianças, a sua aplicação era limitada e condicionada pela estrutura burocrática da época, pela falta de órgãos efetivos no monitoramento e pela observação de seu cumprimento.

Contudo, como relatada Fábio Konder Comparato, o funcionamento do Judiciário durante o período monárquico, apesar de ser um dos Quatro Poderes previstos na Constituição, tinha sua atuação e independência limitadas pela influência das elites locais:

“Na vida real, porém, essa proclamada autonomia dos órgãos judiciários em relação aos demais Poderes foi sempre ilusória. O corpo de magistrados permaneceu estreitamente ligado às famílias dos ricos proprietários no plano local, e subordinado ao Poder Executivo central na Corte.”²¹⁹

1.4. A Primeira República (1889-1930)

Após o golpe de Marechal Deodoro da Fonseca, que inaugurou o período republicano no Brasil, a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, tinha como objetivo consolidar as bases da

²¹⁷ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 28-29.

²¹⁸ DEL PRIORI, 2012, op. cit., p. 238.

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, vol. 2, 2016, p. 124.

República presidencialista recém-proclamada e, por isso, não abordou de forma específica temas relacionados à família ou à criança, com exceção da filiação para fins de nacionalidade, pois era focada em definir a conformação e o funcionamento das instituições a serem criadas na nova República, como, por exemplo, o direito ao voto, que excluía mulheres, analfabetos e militares.

Consagrando a existência de apenas três poderes independentes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, a Constituição de 1891 deu forma e competência às instituições com a criação do Supremo Tribunal Federal, com forte inspiração na Constituição dos Estados Unidos da América, na Constituição da República Argentina e na Constituição Federal da Suíça.

Com o desenvolvimento das atividades dos setores industriais e sua consequente revolução sociocultural, as normas brasileiras também passaram a abordar a condição da criança no trabalho. Com a abolição tardia da escravatura, acompanhada de um contínuo desenvolvimento das fábricas no Brasil, desencadearam-se debates sobre o trabalho infantil²²⁰, em muito impulsionado por aqueles ocorridos em países europeus. Foi assim que em 1891, estabeleceu-se a primeira norma brasileira, o Decreto-lei n. 1.313, que tinha como objeto específico a proteção da criança no ambiente de trabalho, definindo a idade mínima de 12 anos para o trabalho, além de estabelecer a jornada máxima de sete horas para menores de 18 anos e proibir jornadas noturnas em determinados serviços. Ainda sobre as relações formais de trabalho, destacam-se o Projeto de Lei de autoria do Deputado Nicanor do Nascimento apresentado na Sessão de 15 de julho de 1911 na Câmara dos Deputados²²¹ e o Projeto n. 284 apresentado na Sessão de 25 de outubro de 1917²²², que buscava sistematizar as relações trabalhistas, inclusive para as crianças, e o Decreto-lei n. 16.300 de 1923, que limitou em seis horas o trabalho para menores de 18 anos.²²³

²²⁰ RIZZINI, 2010, p. 376-406.

²²¹ CIESPI. **Annaes da comarca dos deputados: sessões de 1º a 31 de julho de 1911.** Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1914. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/SESS_01_JUL_1911.pdf>.

²²² CIESPI. **Projeto n. 284.** Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%20284_25_OUT_1917.pdf>.

²²³ HERINGER (1992), p. 43.

Destaca-se, ainda, o tema das crianças que participavam de produções artísticas, como peças teatrais, o que foi objeto de controversa no Senado acerca de um veto do prefeito do Distrito Federal na cidade do Rio de Janeiro, a uma resolução do Conselho Municipal²²⁴, que proibia menores de 16 anos trabalharem em “divertimentos públicos de associações, empresas ou companhias dramáticas, equestres etc.”²²⁵. O Senado, por meio da Comissão de Justiça e Legislação, apresentou parecer apoiando o veto do prefeito, autorizando crianças a realizarem trabalho artístico e considerando que “é menos pernicioso o trabalho em teatros que a vida em farandulagem” e que tal resolução violava a Constituição de 1891, que garantia também às crianças o direito de serem artistas dramáticos por decisão e anuência de seus responsáveis. Conforme parecer do Senado sobre o caso:

“Se eles não são *sui jûris*, e por isso não se regem por si mas por seus pais, tutores ou curadores, são estes, por certo, os únicos competentes, com audiência do juiz de órfãos, sob cuja jurisdição se acharem para decidir se o exercício desses direitos é ou não prejudicial, em certas circunstâncias, àqueles que a lei colocou sob sua imediata proteção.”²²⁶

Faz-se necessário ressaltar o desenvolvimento do pensamento e intervenções higienistas da época, especialmente fomentadas pelo projeto político de modernização sócio-cultural e do desenvolvimento da medicina de saúde pública, considerando os hábitos de higiene da população e as condições ambientais de moradia, especialmente das classes mais pobres que viviam em condições precárias, como em cortiços e, posteriormente, em favelas.²²⁷

Nesse sentido, todo o desenvolvimento do direito da criança durante o período da República, especialmente no âmbito da criança “abandonada ou delinquente”, veio acompanhada da visão higienista e salvação da infância, como será demonstrado a seguir.

²²⁴ Órgão deliberativo e legiferante municipal, espécie de Parlamento municipal do Distrito Federal, criado pela Lei n 85 de 20 de setembro de 1982.

²²⁵ CIESPI. **Parecer n. 104 de 1896.** Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PARECER%20104_1896.pdf>.

²²⁶ Ibid., p. 2.

²²⁷ PINHEIRO, 2014, op. cit., p. 42.

1.4.1. Código Penal Republicano de 1890 e as crianças “delinquentes”

Seguindo a mesma linha do Código Penal Imperial, o Código Penal Republicano de 1890 estabeleceu a idade penal em 9 anos, mas entre 9 e 14 anos se comprovada a falta de discernimento.²²⁸ Conforme artigo 30, os maiores de 9 anos e menores de 14 considerados com discernimento que cometerem crime deveriam ser “recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos”. Já aos maiores de 14 e menores de 17, seriam aplicadas as penas da cumplicidade²²⁹, penas menores equivalentes ao crime de tentativa.

O uso do discernimento como critério de avaliação da capacidade penal foi amplamente criticado no século XIX no Brasil, especialmente pelo movimento Escola do Recife, cujo expoente e maior crítico da maioridade penal do Código Penal Republicano e do uso do discernimento foi o jurista Tobias Barreto, autor da obra *Menores e Loucos em direito criminal*, de 1926.

O mesmo Código estabelecia como crime atos contra meninas de 16 anos, como a corrupção de menores²³⁰ (prática de atos libidinosos com pessoa menor de idade), o ato de “deflorar mulher de menor idade, empregando sedução, engano ou fraude”²³¹, o rapto de “mulheres honestas” de maior ou menor idade²³².

Interessante notar que o Código Penal Republicano se preocupou também com o estabelecimento de sanções penais para crimes que envolviam relações familiares entre pais, mães e filhos, como a previsão de uma hipótese de perda do

²²⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 27. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²²⁹ ²²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 65. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³⁰ ²³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 266. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³¹ ²³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 267. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³² ²³² BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 272. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

poder familiar em seu artigo 277, além da pena de prisão em caso de pai ou mãe “excitar, favorecer, ou facilitar a prostituição de alguém para satisfazer desejos desonestos ou paixões lascivas de outrem”. Ou, ainda, o crime de abandono de crianças menores de 7 anos, com aumento de pena em um terço para pais, mães ou responsáveis pela guarda²³³, de entrega para particular ou estabelecimento público²³⁴, da falta dos deveres parentais de criação e educação de crianças menores de 7 anos²³⁵ e da responsabilização parental por criança menor de 14 anos que pratique mendicância²³⁶.

Registra-se também o estabelecimento do crime de abuso das paixões ou inexperiência de menor para cometimento de ato com efeito jurídico²³⁷, do crime da prática de jogos com menores de 21 anos²³⁸ e o de fornecer bebida ou embriagar pessoa menor como aumento de pena²³⁹.

Em 1915, o Código Penal é modificado pela Lei n. 2.992 de 25 de setembro de 1915, alterando os artigos 266, 277 e 278, sobre corrupção moral de menores, que passa a englobar também os menores de 21 anos.

1.4.2. Código Civil de 1916, “pátrio poder” e o instituto da adoção

²³³ ²³³ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 292. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³⁴ ²³⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 293. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³⁵ ²³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 289. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³⁶ ²³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 395. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³⁷ ²³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 338. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³⁸ ²³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 371. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

²³⁹ ²³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados, **Legislação**. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Artigo 397. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

O Código Civil brasileiro de 1916, também conhecido como Código Beviláqua – em função de seu autor, Clovis Bevilacqua –, buscou sistematizar o direito civil seguindo uma tradição patrimonialista, na qual a propriedade e o contrato são os fundamentos em torno dos quais gravitavam os interesses privados. No Livro sobre a Família, com 290 artigos, o novo Código Civil privilegiou a regulação patrimonial no âmbito da família, como o fato de que “a desigualdade dos filhos não era inspirada na proteção de suas pessoas, mas do patrimônio familiar. A maior parte dos impedimentos matrimoniais não tem as pessoas, mas seus patrimônios, como valor adotado”²⁴⁰.

Ele estabeleceu também a maioridade civil em 16 anos, como absolutamente incapazes os menores a essa idade (art. 5) e relativamente incapazes os com idade entre 16 e 21 anos (art. 6). A incapacidade cessaria em casos de emancipação para pessoas maiores de 18 anos, de casamento, de exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau ou pelo estabelecimento civil ou comercial (art. 9, § 1º). Para fins de casamento, estabeleceu a vedação do matrimônio para mulheres menores de 16 anos e homens menores de 18 (art. 183, XII) e da necessidade de autorização de ambos os pais para menores de 21 (art. 185), mas com prevalência da vontade paterna em caso de discordância (art. 186).

O poder familiar, chamado então de “pátrio poder”, era exercido pelo pai, considerado o chefe da família (art. 380) e da sociedade conjugal (art. 233). Contudo, consolida-se a tese no novo Código, de que o poder familiar poderia também ser exercido pela mãe na falta ou impedimento do pai, mitigando de certa forma, ainda que somente no âmbito legal, o poder patriarcal.

O “pátrio poder” compreendia, segundo o art. 384, o direito parental de: “I. Dirigir-lhes a criação e educação. II. Tê-los em sua companhia e guarda. III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem. IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercitar o pátrio poder. V. Representa-los

²⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141 jan./mar. 1999, p. 103.

nos atos da vida civil. VI. Reclama-los de quem ilegalmente os detenha. VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Entretanto, o código estabeleceu igualmente deveres parentais específicos para com o filho, como o seu “sustento, guarda e educação” (art. 231, IV), a prestação de alimentos para subsistência (art. 396 a 405) e administração responsável de seus bens (art. 386), os quais seriam exercidos igualmente pelos institutos da tutela (art. 406 a 445) ou curatela (art. 446 a 458).

Nesse sentido, o “pátrio poder” poderia ser extinto tanto pela morte dos pais, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção (art. 392), como também por decretação judicial por abuso de poder (art. 394) ou por castigar imoderadamente o filho, deixá-lo em abandono e praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (art. 395). Ele poderia ser suspenso por pais ou mães condenados por sentença irrecorrível em crime cuja pena exceda dois anos de prisão (art. 394).

Em caso de dissolução da sociedade conjugal, a guarda dos filhos era da mãe, até os 6 anos de idade em caso de meninos, e enquanto menores em caso de meninas (art. 326, § 1º). Os filhos maiores de 6 anos seriam entregues à guarda do pai (art. 326, § 2º), observando a regra da inocência do cônjuge (art. 326).

O código ainda abordou os critérios para filiação legítima (art. 337 a 351), legitimada (art. 352 a 354) ou do reconhecimento dos filhos ilegítimos (art. 355 a 367), sendo o impossível o reconhecimento dos “filhos incestuosos e os adúlteros” (art. 358).

A adoção, ou a transmissão do poder familiar (art. 378), ganhou as primeiras regras, como a limitação da autorização para pessoas com idade superior a 50 anos, sem prole legítima ou legitimada (art. 368), devendo o adotante ter 18 anos a menos que o adotado (art. 369) e haver o consentimento da pessoa que tinha a guarda do adotado, inclusive no caso de crianças consideradas órfãs, por meio do seu tutor ou curador (art. 372).

É importante ressaltar que o caráter contratual no instituto da adoção e sem a intervenção do Estado – uma vez que por meio de uma simples escritura

pública e consentimento entre as partes (art. 375) –, o que permitia maior fragilidade e facilidade para dissolvência do vínculo da adoção (art. 374), por acordo entre as partes ou quando “o adotado cometer ingratitude contra o adotante”.

Nesse sentido, o Código estabeleceu que o parentesco gerado pela adoção era meramente civil (art. 336), o que resultava em uma manutenção do vínculo com a família biológica, inclusive para fins de sucessão patrimonial, como herança.

Em 1956, a Lei 3.133 tornou a adoção irrevogável, mas com limitações para a sucessão, como no caso do adotante ter filho biológico após a adoção, o que afastava o adotado da sucessão legítima. Ainda, modificou alguns critérios, como a idade mínima de 30 anos para o adotante, a diferença de 16 anos entre o adotado e adotante e a possibilidade do adotante já ter filhos.

Nota-se que no Código Civil de 1916, a intenção da inclusão do instituto da adoção era orientada segundo os interesses dos adultos, dos pais, que não possuíam prole. A lei, orientada por uma visão patrimonialista, consolidava o entendimento de desigualdade para fins sucessórios entre o adotante e outros possíveis filhos considerados legítimos.

Apesar de uma preocupação com o exercício responsável do “pátrio poder”, por meio do provimento de segurança, educação e alimentação e cuidado livre de castigos considerados imoderados e de atos contrários à moral e aos bons costumes, os interesses das crianças eram secundários aos interesses de seus pais, especialmente do homem, considerado ainda como o chefe prioritário da família, uma visão patriarcal herança colonial e europeia, na qual a mulher, ainda que exercitasse de fato diversas obrigações, não era protegida ou reconhecida com equidade pelas legislações da época.

Com relação aos indígenas, ou os “silvícolas”, o Código os definiu como “relativamente incapazes”, conforme art. 6, IV. Posteriormente, rompendo com a visão colonial e imperial de “tutela orfanológica”, o Decreto n. 5.484 de 1928 regulou a situação dos índios nascidos no território nacional, inaugurando uma

tutela legal detalhada e específica, inclusive com a tipificação de crimes contra (art. 23 a 27) e por²⁴¹ indígenas, e criando o Serviço de Proteção aos Índios (SPI).

Já em relação às crianças, previu o registro civil de nascimento obrigatório para os índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivessem “promiscuamente com civilizados”, mas a desobrigação para os indígenas de outras categorias (nômades, aldeados ou de povoações).

1.4.3. Em busca de uma regulação e políticas públicas específicas para as crianças consideradas “abandonadas ou delinquentes”

A questão das crianças pobres desprovidas de cuidado familiar ou institucional que perambulavam nas cidades – em especial as pobres negras e mulatas –, continuava presente, o que permitia a proliferação de normas para lidar com os chamados “mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciosos”, como a Lei n. 947 de 29 de dezembro de 1902, que determinou a criação de colônias correcionais para a “reabilitação” desses indivíduos pelo trabalho e instrução.

Conforme ressalta a historiadora Mary del Priori em artigo sobre a história da criança negra no Brasil:

“Na República, recém proclamada e que ostentava na bandeira o lema ‘Ordem e Progresso’, a infância negra prometia desordem e atraso. Na capital, Rio de Janeiro, pequenos mendigos, indigentes e vadios faziam da Praça XV, do Arco do Telles e das portas de igrejas, o seu ponto de apoio.”²⁴²

O tema da criança “abandonada e delinquente” era tão presente no cotidiano das cidades, inclusive na capital da República, a cidade do Rio de Janeiro, que na Sessão de 31 de outubro de 1906 foi apresentado na Câmara de

²⁴¹ Conforme Artigo 28, os crimes praticados por índios nomades, arranchados ou aldeados, eram comparados a crimes cometidos por menores, inclusive prevendo sua internação em estabelecimentos industriais disciplinares.

²⁴² DEL PRIORI, 2012, op. cit., p. 238.

Deputados Federais o Projeto de Lei²⁴³ específico sobre o tema, de autoria do jornalista e então deputado Alcindo Guanabara, membro e fundador da Academia Brasileira de Letras, um dos maiores defensores dos direitos das crianças em sua época, argumentando que as crianças deveriam ser afastadas da área penal, pois são “futuros cidadãos úteis e produtivos para o país”²⁴⁴.

No referido projeto, com relação às crianças abandonadas, há uma evidente visão de que o Estado, ou “autoridade pública”, deve ser responsável pelas crianças “de qualquer sexo” que estavam em situação de “abandono moral ou de maus tratos físicos”, prevendo inclusive as causas de perda – por motivos de condenação por crimes contra seus filhos, alguns previstos no Código Penal, como poligamia, ou por reincidência na suspensão do poder familiar – ou as causas de suspensão do poder familiar – por motivos de condenação de alguns crimes previstos no Código Penal ou “embriaguez habitual, má conduta escandalosa e notória ou maus tratos que comprometam a saúde ou moralidade de seus filhos”²⁴⁵. O projeto define de forma específica o conceito do estado de abandono de crianças: os filhos “ébrios habituais, vagabundos, mendigos, criminosos e contraventores reincidentes”, os órfãos, os filhos destituídos do poder familiar e aqueles “coagidos a trabalhos superiores às suas forças ou em detrimento dos bons costumes”²⁴⁶.

Tais crianças abandonadas, sem famílias ou retiradas do poder familiar pelo Estado, deveriam ser encaminhadas para o Depósito de Menores, espaço de uma “escola de prevenção” para o ensino de educação física, moral e profissional, abandonando o caráter correccional vigente na então Escola Correccional Quinze de Novembro, que deveria, segundo o projeto, ser chamada apenas de Escola Quinze de Novembro, para que fosse observado o regime de liberdade para os

²⁴³ CIESPI. **Sessão de 31 de outubro de 1906.** Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/SESS_31_OUT_1906.pdf>.

²⁴⁴ RIZZINI, Irene. **Crianças e menores do pátrio poder ao pátrio dever: Um história da legislação para a infância no Brasil.** In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (orgs.). *A arte de governar crianças: A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil.* Rio de Janeiro, Editora Universitária Santa Úrsula, 1995, p. 110-126.

²⁴⁵ Artigo 3º, parágrafo 2º do PL de Alcindo Guanabara. CIESPI. Sessão de 31 de outubro de 1906. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/SESS_31_OUT_1906.pdf>.

²⁴⁶ *Ibid.*, Artigo 9º.

educandos.²⁴⁷ Outro Projeto de Lei, de número 322 em 1912, buscou também reformar a referida escola, como forma de reorganizar seu ensino, aperfeiçoar seu serviço e permitir um cuidado melhor, pois “velar pela infância abandonada é atender ao progresso moral do país”²⁴⁸.

Constata-se, pela proposta de lei, o início de uma conformação jurídica em formato de lei do conceito de abuso e negligência na relação familiar entre pais e crianças, baseada, sobretudo, em conceitos relacionados à moralidade dos bons costumes públicos e privados – como embriaguez e comportamentos escandalosos – e ao comportamento criminoso dos pais, mas também à forma do exercício do poder familiar, sem uso de violência, maus tratos ou coerção para trabalhos extenuantes, podendo o Estado assumir tal dever de cuidado por meio de instituições.

O projeto abordava a criança considerada “delinquente”, aquela que cometia crimes, estipulando a idade de 12 anos como a idade de responsabilização penal. Para as crianças entre 12 e 17 anos que tivessem cometido o crime com discernimento, previa a pena de reclusão nas escolas de reforma, um “estabelecimento de repressão, destinado a melhorar o caráter dos menores delinquentes pela educação e pelo trabalho”, observando o quanto possível o regime militar e os trabalhos industriais e agrícolas, mas com a proibição de castigos corporais²⁴⁹.

Outro projeto de lei, de autoria do deputado João Chaves e apresentado na Sessão de 11 julho de 1912²⁵⁰, merece destaque, pois, além de tratar de forma específica das crianças “materialmente e moralmente abandonadas ou delinquentes” na linha do Projeto de Lei de Alcindo Guanabara, propôs a possibilidade de encaminhamento dessas crianças para particulares ou outras associações²⁵¹ e a criação de tribunais específicos, os Tribunais Juvenis, para se

²⁴⁷ *Ibdi.*, artigos 10 ao 23.

²⁴⁸ CIESPI. **Projeto n. 322 de 1912.** Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%20322_1912.pdf>.

²⁴⁹ Artigos 30 a 40. CIESPI. Sessão de 31 de outubro de 1906. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/SESS_31_OUT_1906.pdf>.

²⁵⁰ CIESPI. **Projeto n. 94 de 17 de julho de 1912.** Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%2094_17_JUL_1912.pdf>.

²⁵¹ *Ibid.*, Artigo 3º.

julgar tais casos, estabelecendo um processo jurídico para o mesmo, como a previsão de representante legal escolhido pela criança ou responsável e o prazo de 8 dias para processamento e julgamento dos casos²⁵². Ainda, estabelecia a idade penal em 16 anos, mas julgados sempre por um juiz especial que avaliaria de forma global a situação da criança. Contudo, o projeto foi igualmente arquivado por falta de dotação orçamentária.

Em agosto de 1917, o agora senador Alcindo Guanabara apresentou um novo projeto para a criação de um juízo privativo destinado “à proteção, defesa, processo e julgamento dos menores abandonados e delinquentes” por meio de um enfático pronunciamento, em que buscou convencer os colegas da necessidade urgente de um Código de Menores:

“São milhares de indivíduos que não recebem senão o mal e que não podem produzir senão o mal. Basta de hesitações! Precisamos salvar a infância abandonada e preservar ou regenerar a adolescência, que é delinquente por culpa da sociedade, para transformar essas vítimas do vício e do crime em elementos úteis à sociedade, em cidadãos prestantes, capazes de servi-la com o seu trabalho e de defendê-la com a sua vida.”²⁵³

1.4.4. Influência internacional

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e as conseqüentes altas de mortalidade infantil, epidemias de doenças, uso da mão de obra infantil e grande quantidade de crianças órfãs, muitos países começaram a criar uma rede de assistência social de amparo à infância.²⁵⁴ Tanto na Liga das Nações quanto no próprio Tratado de Versalhes, em 1919, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Decreto n. 13.990 de 12 de Janeiro de 1920, há o registro desse movimento pela regulação do trabalho infantil e de gestantes ou mães com recém-

²⁵² Ibid., Artigo 32.

²⁵³ WESTIN, Ricardo. Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920. **Senado Federal**, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>>.

²⁵⁴ FONSECA, Cristina M. Oliveira. A Saúde da Criança na Política Social do Primeiro Governo Vargas. **Physis – Revista de Saúde Coletiva**, vol. 3, n. 2, 1993, p. 100.

nascidos e da provisão de medidas de estímulo para a amamentação.²⁵⁵ Além disso, há uma preocupação com a questão do tráfico de drogas, em especial entre mulheres e crianças.²⁵⁶ Foi pelo mesmo tratado que foi criada a Organização Internacional do Trabalho, que já nas suas primeiras convenções estabeleceu regras para o trabalho infantil, colocando a idade mínima em 12 anos²⁵⁷, a proibição do trabalho noturno de menores de 18 anos e a limitação de jornada em 10 horas.²⁵⁸

Nesse sentido, muitos governos e Constituições pelo mundo começaram a elaborar políticas e artigos de proteção à infância, como as Constituições da Iugoslávia e Polônia em 1921 e as políticas específicas no Chile, Argentina, Estados Unidos e Alemanha.²⁵⁹

Na embriogênese do movimento pelos direitos da criança, ressalta-se o importante e pioneiro documento polonês que evocou de forma específica e abrangente a necessidade de proteção internacional dos direitos da criança, em contraposição aos efeitos nefastos da guerra: a Magna Charta Libertatis. Elaborada entre 1914 e 1916 pelo pediatra e pedagogo polonês Janusz Korczak (1878-1942)²⁶⁰, considerado precursor dos direitos da criança no mundo²⁶¹, defendia o direito da criança na autodeterminação e liberdade para vivenciar suas próprias experiências.²⁶²

²⁵⁵ Artigo 23 (a). **TRATADO de Versalhes**. Disponível em: <<https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf>>.

²⁵⁶ Ibid., Artigo 23 (b).

²⁵⁷ Conforme Convenção número 7 da OIT, que dispõe sobre a idade mínima de admissão, de 1920. Revista pela Convenção 138, denunciada automaticamente na sequência da ratificação da Convenção 138, em 1973.

²⁵⁸ Conforme Convenção número 6 da OIT, que dispõe sobre o trabalho noturno de menores, de 1919.

²⁵⁹ FONSECA, op. cit., p. 101.

²⁶⁰ Com biografia extensa, médico, escritor de nome civil Henryk Goldszmit, radialista e educador, Korczak publicou diversos livros em forma de estudos, romances literários e livros infantis desde o final do século XIX. Sobre a temática da infância, especialmente das consideradas abandonadas, há obras como as *Crianças de rua*, de 1901, sobre suas experiências com crianças pobres e sem cuidado parental; o romance *A criança do salão*, de 1906; *Como amar uma criança*, de 1920; *Quando eu voltar a ser criança*, de 1925; *O direito da criança ao respeito*, de 1929; o *Diário do gueto*, publicado *post mortem*, entre outros vários.

²⁶¹ MARANGON, Ana Carolina Rodrigues. **Janusz Korczak, precursor dos Direitos da criança**. São Paulo: Editora Unesp; Edição, 2008.

²⁶² EICHSTELLER, Gabriel. Janusz Korczak – his legacy and its relevance for children’s rights today in Michael FREEMAN, *Children’s Rights: Progress and Perspectives*, Martinus Nijhoff

Em síntese, a preocupação de Korczak era com o tratamento dispensado para a criança daquela época, a qual era vista somente como objeto de proteção e não como sujeito de direitos – visão esta que poderia suprimir a liberdade desses indivíduos de forma a anular sua participação nos processos decisórios da sociedade. Na visão do escritor, as crianças são indivíduos com necessidades de garantias especiais. Contudo, tal característica não minora sua capacidade de contribuição como cidadãos para a construção da sociedade e participação ativa nela.²⁶³ Nesse sentido, desenvolveu um método de educação conhecido como pedagogia democrática, com repercussões profundas em uma série de métodos e práticas educacionais posteriores.

Os esforços de Korczak – cuja dedicação à causa da infância lhe custou a própria vida, pois morreu em um campo de concentração do governo nazista junto às crianças judias de seu orfanato – geraram frutos e desencadearam um importante movimento internacional e institucional de defesa dos direitos da criança:

“Na antiguidade da Grécia e de Roma, uma lei cruel mas franca permitia matar uma criança. Na Idade Média, os pescadores encontravam nas suas redes cadáveres de bebês afogados nos rios. No século XVII as crianças maiores eram vendidas aos mendigos, enquanto as menorzinhas eram distribuídas de graça em frente à catedral de Notre-Dame. Isto foi ainda outro dia. E até hoje muitas crianças continuam sendo abandonadas quando começam a incomodar. Aumenta cada vez mais o número de crianças ilegítimas, largadas, desprezadas, exploradas, maltratadas, depravadas. Bem entendido, a lei as protege, mas será que lhes oferece suficientes garantias? Num mundo que evoluiu, as velhas leis precisam ser revistas.”²⁶⁴

Em 1919, foi criado pela pacifista inglesa Eglantyne Jebb (1876-1928) com sua irmã Dorothy Buxton (1881-1963) a organização civil Save the Children, com o intuito de arrecadar fundos para as crianças europeias, também em função das mazelas do litígio internacional. Quatro anos depois, em 1923, essa mesma instituição em conjunto com a União Internacional de Auxílio à Criança (Save the Children International Union) elaborou um importante documento de caráter

Publishers, 2011, p. 505.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu; KORCZAK, Janusz. O direito da criança ao respeito. São Paulo: Summus, 1986, p. 85.

internacional específico sobre a proteção dos direitos da criança, a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, incorporado pela Sociedade das Nações em 1924.²⁶⁵

Não obstante às críticas feitas à Declaração – inclusive por Korczak, pela falta de vinculação dos Estados –, importantes passos foram consolidados por ela, que formulou a urgência dos cidadãos adultos prestarem ajuda às crianças em necessidade e cujas vidas estejam em risco (art. 2º e 3º). Ainda, determinou em seu art. 4º a proteção da criança contra a exploração e a necessidade de uma educação voltada para o Humanismo (art. 5º). No entanto, somente em 1934, a Assembleia Geral da Liga das Nações decidiu pela entrada em vigor da Declaração de 1924, vinculando, desta forma, todos os Estados pertencentes à Liga.

No âmbito regional do continente americano, demonstrando que o tema dos direitos da criança não se restringiu ao continente europeu, o IV Congresso Pan-americano da Criança de 1927 – no qual dez países americanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Chile, Equador, Estados Unidos, Peru, Uruguai e Venezuela) reuniram-se para debater pautas relacionadas à infância – resultou na criação do Instituto Interamericano da Criança (INN - Instituto Interamericano del Niño). Esse organismo, que hoje é vinculado à Organização dos Estados Americanos (OEA), destina-se à promoção do bem-estar da infância e da maternidade nas Américas.

1.4.5. Leis de menores: a Lei n. 4.242 de 1921, Decreto Presidencial n. 16.272 de 1923 e Decreto n. 5.083 de 1926

Não obstante o tratamento de legislações anteriores de práticas e fenômenos ligados à criança, sua proteção e cuidado, a doutrina considera que o tratamento normativo desses direitos de forma específica, com leis e sistematizações próprias, pode ser dividido após o início do período Republicano em três fases: (i) Fase do Direito Penal do Menor; (ii) Fase da Situação Irregular; e (iii) Fase da Doutrina da

²⁶⁵ MULLEY, Clare. **The Woman Who Saved the Children: a Biography of Eglantyne Jebb**, Founder of Save the Children. Oxford: Oneworld, 2009.

Proteção Integral e Prioritária.²⁶⁶

Apesar de a doutrina afirmar que a primeira fase do Direito Penal do Menor teve início somente em 1923 com a criação do Juizado de Menores no Rio de Janeiro, entende-se que tal fase se inicia com a decretação da primeira lei específica de proteção e “assistência à infância abandonada e delinquente”, a Lei Federal Orçamentária n. 4.242 de 6 de janeiro de 1921, que fixava a despesa geral da República dos Estados Unidos do Brasil para o exercício do ano de 1921, mas trouxe a autorização para a criação e organização do “serviço de assistência à infância abandonada e delinquente” por meio da “adoção de todas medidas e providências que forem necessárias para que essa assistência se torne efetiva e real”.

O tema da infância considerada abandonada ganhou força e a atenção de intelectuais e juristas da época e também dos próprios governantes, que buscavam formas de lidar com a grande contingência de crianças em situação de “abandono ou delinquência”. O ministro da Justiça José Joaquim Seabra encomendou estudo sobre o tema a Franco Vaz, jurista e diretor da Escola Premunitória Quinze de Novembro, o qual foi publicado em 1905 pela Imprensa Nacional com o título *A infância abandonada*, em que se defende a internação em instituições de educação como uma forma de regeneração e salvação da infância:

“Tem-se visto, com frequência, indivíduos de descendência a mais ínfima e corrompida que, uma vez afastados desde contágio daninho e postos num ambiente saturado de bondade e de virtude, perderam, por efeito moral, todas as más qualidades que seu organismo encerrava (...).”²⁶⁷

Antes de se adentrar à análise específica das legislações, é importante ressaltar que o movimento por normas específicas para tratar da condição das crianças “abandonadas ou delinquentes” está intimamente relacionado à trajetória pessoal e profissional de Juiz José Cândido de Albuquerque Mello Mattos²⁶⁸, o

²⁶⁶ PEREIRA, Tania da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 12.

²⁶⁷ VAZ, F. **A infância abandonada**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905, p. 110.

²⁶⁸ Mello Mattos, além de como jurista ter exercido a função de promotor e advogado criminalista, foi político brasileiro, com mandato na Câmara dos Deputados Federais. Foi também professor, administrador e diretor do Externato Pedro II, instituição de ensino de grande reconhecimento

primeiro juiz de menores do Brasil e da América Latina, responsável por escrever e orientar a execução dessas legislações, como aponta a tese de doutorado historiográfica de Luciana de Araújo Pinheiro, analisando a biografia do juiz Mello Mattos e suas passagens pelas presidências de Epitácio Pessoa (1919-1922) e Arthur Bernardes.²⁶⁹ Influenciado tanto pelo contato pessoal com o trabalho do padre português Antonio de Oliveira²⁷⁰, autor do Código da Infância português, quanto por fundamentos científicos do pensamento higienista predominante na época, inclusive pela amizade com o médico Oswaldo Cruz²⁷¹, e nacionalistas e filantrópicos, segundo os quais o Estado tinha a “missão de salvar e regenerar à infância abandonada e delinquente”.

Na Lei Federal Orçamentária n. 4.242 de 1921 houve a previsão de uma série de políticas, como: (i) a construção de abrigo para recolhimento provisório das crianças abandonadas ou que tenham cometido crime ou contravenção; (ii) a fundação de uma casa de preservação para meninas; (iii) a nomeação de um juiz de direito específico para crianças e seus funcionários necessários; (iv) o estabelecimento de recursos de apelação para decisões definitivas desses juízes; e (v) a transferência para a Casa da Reforma de todas as crianças cumprindo sentença em qualquer outro estabelecimento.²⁷²

A referida Lei determinou casos de suspensão ou perda do “pátrio poder”, detalhando e ampliando os casos do Código Civil de 1916 para crianças consideradas em abandono por uma definição expressa, ou seja, aquelas: (i) que não tenham habitação certa ou meios de subsistência em função de pais ou tutores falecidos, desaparecidos ou desconhecidos, ou ainda “devido à enfermidade, indigência, ausência ou prisão” dos seus responsáveis; (ii) que vivam em companhia de pessoa “que se entregue à prática de atos contrários à moral e aos

(PINHEIRO, 2014, p. 18-19).

²⁶⁹ PINHEIRO, op. cit., p. 20 e 21.

²⁷⁰ Mello Mattos foi à Portugal conhecer a Tutoria da Infância de Lisboa, instituição criada para o “tratamento” dos “menores delinquentes” pelo padre Antonio Oliveira, figura notória em Portugal a quem Mello Mattos, considerado um “senhor de uma técnica jurídica completa, espírito de penetração fácil e profunda, apaixonado e crente”, seria um companheiro assíduo (PINHEIRO, 2014, p. 19-20).

²⁷¹ PINHEIRO, op. cit., p. 16.

²⁷² BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Federal Orçamentária n. 4.242 de 6 de janeiro de 1921**, Artigo 3o, item I.

bons costumes”; (iii) que se encontrem em “estado habitual de vadiagem, mendicidade ou libertinagem”; (iv) que sejam vítimas de seus pais ou responsáveis por maus tratos físicos ou castigos imoderados, privação de alimentos ou de cuidados indispensáveis à saúde ou emprego em ocupações proibidas, contrárias à moral ou que apresentem risco a sua vida ou saúde; e (v) que seus pais sejam condenados com sentença irrecorrível por crimes com pena de mais de dois anos de prisão, por crime contra seus filhos, por encobertar crimes cometidos por seus filhos ou por crimes praticados por “negligência, abuso de poder, crueldade que comprometam a segurança ou moralidade do filho”.²⁷³

Previu, ainda, que a suspensão ou perda do poder familiar abrangia pai e mãe de forma conjunta, caso vivessem juntos, ainda que só um deles tenha sido julgado indigno do poder familiar. Contudo, caso o outro cônjuge inocente viesse a viver sozinho, poderia solicitar restituição do poder familiar, inclusive pela mãe²⁷⁴.

Destaca-se, igualmente, que a lei previu o detalhamento tanto dos critérios de análise dos casos pela autoridade responsável pela assistência, o juiz, para que garantissem a “guarda, educação e vigilância” das crianças, como também do processo jurídico e encaminhamentos possíveis, com prazos e ritos próprios a serem seguidos tanto para a destituição ou suspensão do poder familiar, como para a “reclamação” de crianças por parte de seus pais, na qual será avaliada a culpabilidade dos pais no abandono, se não há motivo para a perda do poder familiar ou se a educação da criança não será prejudicada com a volta.

Para decisão sobre “apreensão” e “depósito em local conveniente”, estabeleceu critérios de avaliação das condições da criança – como “idade, instrução, profissional, saúde, abandono e perversão do menor” – e de seus pais ou responsáveis – como sua situação “social, moral e econômica” –, determinando os seguintes encaminhamentos para as crianças: (i) retorno aos pais com ou sem o estabelecimento de condicionantes “úteis à saúde, segurança e moralidade da criança”; (ii) entrega a outra pessoa considerada idônea; (iii)

²⁷³ Ibid., Artigo 3o, parágrafos do 1o ao 3o.

²⁷⁴ Ibid., Artigo 3o, parágrafos 5 e 6.

internação em “hospital, asilo, instituto de educação, oficina, escola de preservação ou de reforma”; ou (iv) destituição ou suspensão do poder familiar.

Por fim, a nova lei tratou das crianças que cometiam crimes ou contravenções, reafirmando (i) a imputabilidade dos menores de 14 anos de idade²⁷⁵ e (ii) o seu encaminhamento, caso sejam abandonadas, para instituições ou pessoas idóneas²⁷⁶. Ainda, estabeleceu: (iii) o tratamento apropriado para crianças com deficiência²⁷⁷; (iv) o retorno para os pais, sob condições estabelecidas pelo juízo, com possibilidade de pagamento de multa ou prisão de cinco a 15 dias, caso tenham se furtado do dever de educação²⁷⁸; (v) o processo especial para as crianças entre 14 e 18 anos, que leva em consideração o estado de cada criança e sua família²⁷⁹; (vi) se culpadas mas abandonadas e “moralmente pervertidas”, o encaminhamento para a internação por três a sete anos, no máximo, em uma “escola de reforma”²⁸⁰; (v) se culpadas mas não abandonadas nem “moralmente pervertidas”, o recolhimento em uma escola de reforma por um a cinco anos; (vi) a possibilidade de apenas advertência, mas sem condenação; (vii) se absolvidas, o retorno aos pais ou responsáveis, o encaminhamento à pessoa idônea, instituto de educação ou a um patronato (para aprendizagem de um ofício); (viii) se maiores de 18 e menores de 21 anos, encaminhadas à prisão comum (Colônia Correccional), mas com o cumprimento da pena completamente separadas dos presos maiores; (ix) se maiores de 18 e menores de 21 anos, e “vadios, mendigos e capoeiras”, o encaminhamento à prisão por um a cinco anos; e (x) o estabelecimento de regras para o livramento condicional ou sua revogação, para aquelas internadas em escola de reforma, com a idade de 16 anos, o cumprimento de metade do tempo de internação, a não reincidência, a avaliação da regeneração da moralidade e seus meios de subsistência e a condição da pessoa ou família com quem for viver²⁸¹.

²⁷⁵ Ibid., Parágrafo 16, Artigo 3o.

²⁷⁶ Ibid., Parágrafo 17.

²⁷⁷ Ibid., Parágrafo 18.

²⁷⁸ Ibid., Parágrafo 22.

²⁷⁹ Ibid., Parágrafo 18.

²⁸⁰ Ibid., parágrafo 19.

²⁸¹ Ibid., Parágrafo 33.

Importante destacar que foi determinado o segredo de justiça²⁸² para todos os casos que envolvessem crianças menores de 18 anos e seus corréus menores ou maiores²⁸³, com multas e outras penas para jornais ou pessoais que infringissem tal preceito²⁸⁴.

A Lei n. 4.242 de 1921 foi regulamentada pelo presidente da República Artur Bernardes por meio do Decreto n. 16.272 de 20 de dezembro de 1923, o qual reafirmou todos os seus dispositivos, mas a apresentou com melhor logística na redação, organização e sistematização de suas normas, com referências claras ao Código Civil de 1916 e ao Código Penal de 1980, clarificando alguns pontos, como: (i) a validade da norma para as crianças menores de 18 anos²⁸⁵; (ii) a definição de crianças libertinas²⁸⁶ como aquelas que praticam atos obscenos ou “se entregam à prostituição em seu próprio domicílio, ou vivem em casa de prostituta, ou frequentam casa de tolerância”; (iii) a definição das condições para a volta da criança ao poder familiar dos pais; ou (iv) as regras da liberdade condicional e vigilância do juiz.

O mesmo decreto criou disposições referentes ao Distrito Federal, especialmente à criação e estrutura do Juízo Privativo dos Menores Abandonados e Delinquentes, definindo: (i) suas competências (artigo 38), como a decretação do poder familiar; (ii) sua composição (curador que acumulava a função do promotor, médico psiquiatra, escrivão, escrevente, comissários de vigilância etc.), indicada pelo próprio Presidente da República; (iii) a competência de cada agente, com destaque especial para os médicos psiquiatras, encarregados dos pareceres e visitas às crianças, suas famílias e aos abrigos, e os comissários de vigilância, com a função de investigar, deter, apreender e vigiar as crianças e seus casos; (iv) os detalhes do processo, como a necessidade de celeridade (ação sumaríssima) e outros detalhes de cada rito; (v) os detalhes do estabelecimento de um abrigo vinculado (inclusive no mesmo prédio físico), subordinado e supervisionado pelo juízo de menores para receber provisoriamente crianças até que tenham destino

²⁸² Ibid., Parágrafo 30, Artigo 3.

²⁸³ Ibid., Parágrafo 32

²⁸⁴ Ibid., Parágrafo 31.

²⁸⁵ Ibid., Artigo 2o.

²⁸⁶ Ibid., Parágrafo 4o, Artigo 2o.

definitivo; (vi) a criação de uma escola de preservação para meninas, sob a proteção da autoridade pública; (vii) a criação de uma escola de reforma para “meninos criminosos e contraventores”; (viii) a criação do Conselho de Assistência e Proteção aos Menores, com objetivo de acompanhar os egressos das instituições, auxiliar o juiz de menores e seus comissários de vigilância, exercer ações com as crianças na via pública, visitar e fiscalizar os estabelecimentos de educação das crianças, fábricas e oficinas onde trabalhem, comunicando as autoridades (Ministro da Justiça) os abusos e irregularidades e, ainda, fazer propaganda na capital federal e nos estados, com o fim de prevenir e indicar os meios de neutralizar os males sociais que causam “abandono, perversão e o crime entre os menores”.

Para assumir o recém-criado Juízo Privativo dos Menores Abandonados e Delinquentes, o Presidente da República nomeou Mello Mattos em 2 de fevereiro de 1924.²⁸⁷

Com o objetivo de complementar e compilar as leis até então existentes de assistência e proteção aos menores de 18 anos e instituir o Código de Menores, foi apresentado o projeto de lei n. 12, também de autoria de Mello Mattos e subscrito por 16 senadores, na Sessão legislativa de 7 de julho de 1925²⁸⁸.

Com justificativa do projeto de lei baseada na necessidade de se combater por medidas preventivas e repressivas, o abandono e a mortalidade das crianças pequenas deveriam ser objetos de atuação e vigilância do Estado, com sugestão para o fim do modelo da Roda dos Expostos, pela instauração de políticas orientadas pela salubridade e moralidade, preceitos do pensamento higienista da medicina à época.²⁸⁹

Contudo, a tramitação do novo Decreto-lei era lenta, mas quando estava prestes a completar um ano, um acontecimento tomou os jornais do Brasil: o caso do menino Bernardino. Em março de 1926, o menino engraxate de 12 anos, após jogar tinta em cliente que se recusava a pagar a conta, foi preso em cela junto com

²⁸⁷ PINHEIRO, op. cit., p. 21.

²⁸⁸ Ibid., p. 96.

²⁸⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto número 12 de 1925. Justificação. **Anais do Senado Federal**. Sessão de 7 de julho de 1925, v. III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930, p. 65-66.

mais de 20 adultos, onde sofreu violências múltiplas, sendo encaminhado à Santa Casa.²⁹⁰ Tal acontecimento, publicado no Jornal do Brasil e repercutido por toda a imprensa, permitiu um fato político importantíssimo para a aprovação do Decreto no mesmo ano.

O projeto foi aprovado na sessão de 23 de novembro de 1926, e no dia 1º de dezembro de 1926, foi promulgado o Decreto n. 5.083 pelo Presidente da República Washington de Souza, que instituiu o Código de Menores, consolidando e sistematizando as leis de assistência e proteção anteriores, adicionando novos dispositivos por meio de uma redação pretensamente mais harmoniosa.

Destaca-se nesse novo Decreto o uso de termos diferenciados para o tratamento das crianças carentes de cuidado e proteção ou daquelas merecedoras de correção e internação em função de sua “delinquência”, “mendicância” ou “vadiagem”. Enquanto para aquela o termo utilizado era “creança”, para as últimas o termo empregado foi “menor”.

Pela primeira vez, há uma preocupação específica e um capítulo inteiro (número II) para as “creanças das primeiras idades” – aquelas lactantes, especialmente menores de 2 anos – e o registro do uso do termo “primeira infância” em uma legislação no Brasil, no artigo 13 do Decreto que visava autorizar o Governo Federal “a auxiliar, de acordo com a lei de subvenções, as creches, os institutos de gota de leite (ou congêneres), de assistência à primeira infância e puericultura”.²⁹¹ Nesse sentido, dispositivos foram criados para regular a prática da entrega voluntária da criança a outra pessoa para “criação, ablactação ou guarda” mediante salário. Para tanto, estabeleceu-se a necessidade de declaração perante autoridade competente (art. 5), tanto para quem entrega quanto para quem recebe, chamada de “nutriz” (art. 6), a qual não poderia ser pessoa que já tenha tido criança removida por maus tratos, falta de higiene da casa ou, ainda, condenada por crimes específicos (art. 7).

²⁹⁰ WESTIN, Ricardo. Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920. **Senado Federal**, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>>.

²⁹¹ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto 5.083 de 1º de dezembro de 1926, Artigo 13.

Foi regulada a situação “dos infantes expostos”, em uma certa entrega voluntária, abolindo a prática das rodas pela necessidade de apresentação do registro civil de nascimento, mas com o estabelecimento de “um registro secreto, organizado de modo a respeitar e garantir o incógnito, em que se apresentem e desejem manter os portadores de crianças a serem asiladas” (art. 16).

O mesmo Decreto regulamentou o tema do trabalho de crianças, estipulando a idade mínima de 12 anos (art. 59) ou 14 anos para aqueles que não tenham completado instrução primária (art. 60). Além disso, vedou o trabalho para as crianças entre 12 aos 14 em usinas, manufaturas, estaleiros, minas etc., inclusive para fins de aprendizado, com exceção dos que já completaram seus estudos (art. 61). Para trabalhos noturnos (art. 67), excessivamente fatigantes ou perigosos à saúde, à vida ou à moralidade, estabeleceu a idade de 18 anos (art. 62). Regulamentou também o trabalho artístico apenas para meninos maiores de 16 anos e meninas maiores de 18, mas com a possibilidade de autorização judicial para casos específicos, o que não valia para concertos e cabarés (art. 69), sendo estes proibidos até a maioridade, estabelecendo penas para o seu descumprimento.

Houve uma preocupação sobre a regulação do contato da criança com conteúdos de entretenimento que pudessem ser prejudiciais à infância, como espetáculos cinematográficos somente para maiores de 14 anos e “cafés-concerto e *cabarets*” apenas para maiores de 21 anos, com o estabelecimento de multa para seu descumprimento (art. 76).

Por fim, o Decreto modificou o Código Penal vigente para reforçar crimes já existentes ou criminalizando novas práticas, como: a não inscrição no registro civil; o abandono de criança menor de 16 anos de idade ou a negação de alimentos ou subsídios; a entrega do filho a terceiros; e o uso de castigos imoderados ou maus tratos habituais a menor de 18 anos de maneira que prejudique sua saúde ou desenvolvimento intelectual, seja filho ou subordinado, como empregado, operário, aprendiz, doméstico, aluno ou pensionista (art. 78 a 91).

Constata-se que tanto pela Lei como pelos Decretos, houve pela primeira vez no Brasil a sistematização jurídica específica e pormenorizada de categorias

normativas relativas ao processo de destituição ou suspensão do poder familiar de crianças consideradas abandonadas ou daquelas que estejam sob situações de negligência ou abuso, como violência, maus tratos e outras condutas criminalizadas ou repreendidas pela moral e bons costumes da época.

Importantíssimo observar que tais disposições, para além de estabelecerem as categorias jurídicas, também determinaram de forma expressa a competência dos agentes e instituições envolvidas, além de provisionarem recursos e o desenho institucional do funcionamento da política.

De forma indireta, tais normas estabeleceram direitos específicos às crianças, como o direito de serem criadas sem violência, abuso ou negligência, de serem cuidadas, ainda que sem presença de família ou responsável, de serem educadas e terem acesso à saúde, educação profissional, tratamento diferenciado e orientadas à educação ao cometerem crimes ou contravenções. Tais normas foram as bases que permitiram a criação do Código, considerado o primeiro Código de Menores do Brasil, por sua importância, abrangência e extensão.

1.4.5.1. O funcionamento do Juízo de Menores, o Código Mello Mattos em 1927

Interessante notar na recuperação historiográfica feita por Luciana de Araújo Pinheiro, o funcionamento na prática do Juízo de Menores do Distrito Federal, ocupado por Mello Mattos, o “magistrado paternal”, desde 1924, o qual, nas próprias palavras do juiz, seria diferente da justiça comum, carinhosa e paternal:

“Parece-lhe, talvez, demais, disse s. ex. pilheriando, que já sendo a justiça cega para os julgamentos comuns, ainda a queiram fazer surdamente para os menores! Sossegue, porém, porque a minha justiça é muito diferente da comum, não tem venda nos olhos, traz os ouvidos bem abertos, não usa espada nem balança e tem voz carinhosa; recebe a pequenada de braços abertos, paternalmente. (...) Por isso eu lido com a meninada sem cerimônia e com o mínimo formalismo possível.”²⁹²

²⁹² PINHEIRO, op. cit., p. 64.

Para Mattos, a criança abandonada, aquela largada “ao desamparo, sem que se saiba o que foi feito de seus responsáveis legais”, poderia ser dividida em duas categorias, segundo o tipo de abandono: o abandono material – aquele que privava a criança do cuidado de alimentação, moradia, higiene e segurança – e o abandono moral – no qual a criança era vítima de violência dentro da família ou convivía com seu mau exemplo pernicioso.²⁹³

Para definição de seu encaminhamento, havia uma avaliação realizada pelo próprio juiz Mello Mattos em conjunto com um médico psiquiatra e um professor, na qual se “investigavam aspectos considerados fundamentais à vida de um menor (escolaridade, meio social e situação sócio-econômica da família, entre outros).”²⁹⁴ Além disso, Mello Mattos se encarregava de intervenções diretas nos serviços de atendimento às crianças, sempre por meio da colaboração do ministro da Justiça da época, como a criação de uma seção especial apartada para as crianças dentro da Casa de Detenção, do ingresso da professora Bertha Bush Varella ou de outros professores para ministrar exercícios físicos ou trabalhos manuais, e, ainda, na melhora de sua alimentação. Ele foi responsável pela transferência das crianças da Casa de Detenção para outro local, um ex-hotel e futura maternidade da Faculdade de Medicina.²⁹⁵

Apesar dos esforços de Mello Mattos, a expansão da assistência à infância idealizada pelas leis até então, não conseguia abranger o tamanho da demanda, que chegou a mais de 1.200 crianças em menos de um ano de funcionamento.²⁹⁶ Pelas limitações do próprio poder público na execução por meio de políticas públicas, as instituições de encaminhamento das crianças (Escola XV de Novembro, Abrigo de Menores e Casa de Preservação) ficaram superlotadas.²⁹⁷ O modelo ficou popular entre as classes populares, as quais o avaliavam como alternativa para os cuidados e educação de seus filhos, especialmente para as famílias formadas por mães e

²⁹³ MATTOS, José Candido de Albuquerque Mello. A proteção da infância e adolescência pelo Estado. *Archivo Judiciario*, v. 35, p. 135-151 (suplemento), jul/set 1935. p. 90.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 64.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 66.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 70.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 69.

crianças.²⁹⁸

Em função disso, Mattos contava com a colaboração filantrópica privada²⁹⁹ e realizava outras práticas de encaminhamento, por meio de termos de responsabilidade, como a liberdade vigiada, por meio do estabelecimento de regras de procedimento a serem cumpridas pelos menores e seus familiares, como deveres de assistência e educação, além do comparecimento regular em Juízo³⁰⁰, ou o encaminhamento para espaços de trabalho, como a condução de meninas a lares considerados “ordeiros”, para regeneração das crianças por meio do trabalho doméstico e do estudo garantido pelo tutor, o que não impedia recorrentes fugas e até mesmo “devoluções” por parte das famílias³⁰¹, uma prática recorrente em vários outros Juízos de Menores posteriores.³⁰²

Utilizando-se do dispositivo do art. 1º do Decreto nº 5.083, de 1º de Dezembro de 1926, que previu que “o Governo consolidará as leis de assistência e proteção aos menores, adicionando-lhes os dispositivos constantes desta lei, adotando as demais medidas necessárias á guarda, tutela, vigilância, educação, preservação e reforma dos abandonados ou delinquentes, dando redação harmónica e adequada a essa consolidação, que será decretada como o Código dos Menores”, um novo Decreto com texto de autoria de Mello Mattos foi editado e promulgado no dia 12 de outubro, Dia da Criança³⁰³, de 1927, o Decreto nº 17.943-A, conhecido ainda hoje como Código Mello Mattos, o qual, segundo seu próprio autor, visava ser uma “nova obra nacional de assistência e proteção aos menores de 18 anos abandonados, viciosos ou delinquentes”.³⁰⁴ Possui 231 artigos e é dividido em 11 capítulos específicos, para sistematizar as leis de assistência e proteção às crianças, as legislações e os decretos anteriores, de 1923 e 1926 (art. 1º), inclusive as disposições dos Códigos Penal e Civil em um texto único.

²⁹⁸ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 30.

²⁹⁹ Ibid., p. 78.

³⁰⁰ Ibid., p. 71-72.

³⁰¹ Ibid., p. 73-74.

³⁰² Ibid., p. 76.

³⁰³ Oficializado três anos antes por iniciativa do deputado federal Galdino do Valle Filho e aprovado pelo presidente Arthur Bernardes por meio do Decreto n. 4.867 de 5 de novembro de 1924.

³⁰⁴ BRITTO, L. **As Leis de Menores no Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia da Escola de Preservação 15 de Novembro, 1929, prefácio.

Sua publicação emanada diretamente do Executivo, sem passar pelo Legislativo, e com a inclusão de diversos novos dispositivos que modificaram os Códigos Penal e Civil, uma série de discussões sobre sua constitucionalidade foram iniciadas.³⁰⁵ Entretanto, tanto com o prestígio de Mello Mattos, o apoio político-governamental e a crescente importância dada ao tema entre os intelectuais da época, o novo Código foi visto quase que de forma unânime como uma conquista social de “magnífica prova de proteção à pessoa física na primeira fase da existência”³⁰⁶, que colocava o Brasil “em pé de igualdade com países mais avançados no assunto”³⁰⁷.

O Capítulo I (Do objeto e fim da lei) define como 18 anos a idade para que o “menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente”, fosse encaminhado à autoridade competente para aplicação das medidas de assistência e proteção.

Os Capítulos II (As crianças da primeira idade) e III (Dos infantes expostos) são cópias integrais do disposto no Decreto nº 5.083 de 1923, de 1º de Dezembro de 1926. Já os Capítulos IV (Dos menores abandonados) e V (Da inabilitação do pátrio poder e da remoção da tutela) são os textos integrais do Decreto nº 16.272 de 1923, mas com a adição de novos artigos (do 46 ao 54) neste último, referentes à guarda, tutela ou pátrio poder exercidos por associações e institutos autorizados ou particulares pela guarda ou “soldada” (art. 49), que estariam sob vigilância do Estado (art. 54), e ao poder da autoridade judicial para decidir, substituir ou determinar a guarda ou tutoria da criança (art. 50 a 53).

No Capítulo VI (Das medidas aplicáveis aos menores abandonados), além do texto exato do Decreto nº 16.272 de 1923, logo no primeiro artigo, o 55, há o acréscimo da alínea “e”, que permite à autoridade maior flexibilidade para a decisão sobre o encaminhamento dos “menores abandonados”, regulando “de maneira diferente das estabelecidas nos dispositivos deste artigo a situação do menor, se houver para isso motivo grave e for de interesse do menor” (art. 55, e). Ainda, há a previsão de novas normas sobre aqueles achados “vadiando ou

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ CORREA, A. F. P. **Commentarios ao Código de Menores**. São Paulo: Saraiva & C. Editores, 1928, p. 27.

³⁰⁷ BRITTO, L, 1929, op. cit., p. 14.

mendigando” (art. 61), entregues à “libertinagem” ou “prostituição, vadiagem, mendicidade ou criminalidade” (art. 62), estabelecendo regras e procedimentos para seu encaminhamento ou revisão do caso (art. 61 a 67).

No capítulo VII (Dos menores delinquentes), há inclusões importantes do art. 70 com relação ao Decreto nº 16.272 de 1923 e ao Decreto de 1926, que permitem à autoridade, a qualquer tempo, “transferir o menor de uma escola de reforma para outra de preservação”, a alínea “d” do art. 73, que prevê a “liberdade vigiada” (art. 73, d), e toda uma nova regulação, do art. 86 ao 91, para o estabelecimento de procedimentos especiais para crianças entre 14 e 18 anos (art. 86), a vedação para o encaminhamento à prisão comum e regulação de prisão em flagrante (art. 86), com exceção pela falta de estabelecimento adequado, mas ainda assim a necessidade de separação (art. 87).

Sobre a responsabilização penal de crianças, muitos apontam o fato de que o Código Mello Mattos teria sido o responsável por alterar a idade penal no Brasil para 18 anos, que até então era estabelecida pelo art. 26 do Código Penal Republicano de 1890 em seu art. 27 a idade de 9 anos para imputabilidade penal e dos 9 aos 14 a discricionariedade do juiz pela avaliação do discernimento.

Apesar de não ter mudado a idade penal formalmente no Código Penal, o Código Mello Mattos – em verdade, o Decreto n. 16.272 de 1923 – (i) estabeleceu a imputabilidade penal para 14 anos, conforme art. 68, que determinou que à criança “não será submetido a processo penal de espécie alguma”, acabando, assim, com a possibilidade da aplicação da discricionariedade do discernimento pelo juiz e encaminhando os “menores abandonados ou pervertidos” para “asilo, casa de educação ou escola de preservação” até no máximo 18 anos de idade; (ii) determinou um processo especial para as crianças entre 14 e 18 anos, conforme art. 69, e encaminhamento dessas para internação (restrição de liberdade) em “escola de reforma” por um a cinco anos; e (iii) determinou, conforme art. 86, que “nenhum menor de 18 anos, preso por qualquer motivo ou apreendido, será recolhido em prisão comum”, mas sim nas “escolas de reforma”, cuja falta ensejaria o encaminhamento para as prisões comuns, mas em espaços “separados dos condenados maiores, e sujeitos a regime adequado; – disciplinar o educativo, em

vez de penitenciário”, conforme art. 87.

Pode-se, assim, afirmar que o Código de Menores de 1927, sem alterar o Código Penal formalmente, implementou uma justiça penal juvenil e de políticas específicas de atendimento da criança em conflito com a lei no Brasil³⁰⁸:

“Chegou-se à conclusão de que a infância e a adolescência devem ser postas fora do Código Penal e do direito judiciário comuns; que é conveniente subtraí-las as sanções penais cominadas aos maiores; que é oportuno, até urgente, criar para elas um direito, no qual a educação substitua a pena; que em vez de um regime penitenciário seja adotado para elas um regime pedagógico e tutelar, o qual, sem apresentar os inconvenientes da pena os ponha fora das condições de prejudicar, ao mesmo tempo lhes dê o que lhes falta, isto é, a educação moral, pois o que elas mais necessitam é que se lhes forme o caráter por um sistema de vigilância, proteção e disciplina apropriados. As medidas a elas aplicadas tem por fim, em vez de castigá-las, reerguê-las e preservá-las; não punir, sim proteger.”³⁰⁹

Ainda, o instituto da liberdade vigiada ganhou capítulo próprio, o de número VIII, com novas disposições mais detalhadas (art. 92 a 100), prevendo procedimentos, critérios e ampliando seu uso não só para crianças internadas, mas também para outros casos de abandono ou suspensão do poder familiar (art. 100).

Sobre o Capítulo IX (Trabalho dos Menores), o novo código repete todos os dispositivos do Decreto n. 5.083 de 1926, mas com a inclusão do Parágrafo único no artigo 113³¹⁰, da regulação do trabalho infantil artístico (art. 115) e das condições do ambiente e de trabalhos que empreguem menores de 18 anos (art. 116 a 125). Contudo, a sua implementação por Mello Mattos como juiz de menores trouxe uma série de embates, inclusive jurídicos, com os industriais da época, que frequentemente se queixavam da “dificuldade de substituir a mão de obra infantil e juvenil com facilidade, já que, de acordo com o discurso patronal, trabalhadores adultos não conseguiriam realizar atividades planejadas para serem feitas por

³⁰⁸ ZANELLA, Maria; LARA, Angela. O Código de Menores de 1927, o direito penal do menor e os congressos internacionais o nascimento da justiça juvenile. **Revista Angelus Novus**, USP – ano VI, n. 10, p. 105-128, 2015, p. 127.

³⁰⁹ MATTOS, José Candido de Albuquerque Mello. A proteção da infância e adolescência pelo Estado. Op. Cit., p. 92, apud PINHEIRO, 2014, p. 102.

³¹⁰ Que permite, por meio de habilitação perante a autoridade competente, que crianças entre 14 e 18 anos possam trabalhar em ruas, praças ou lugares públicos (Cf. Artigo 112).

menores, nem aceitariam ganhar o mesmo salário que os menores para realizarem tais serviços, ambos aspectos que prejudicariam grandemente a economia das empresas.”³¹¹

No Capítulo X (Da vigilância sobre os menores), há mudanças significativas com relação ao Decreto nº 5.083 de 1926 nas disposições relativas à entrada de crianças em espetáculos públicos (art. 128), por meio de um detalhamento pormenorizado das vedações ou permissões (art. 128 a 131), como a proibição de entrada em espetáculos noturnos, o que ultrapassa a regulação por parte do Estado da situação das crianças “abandonadas e delinquentes”, mas abrangendo igualmente todas as outras crianças e famílias que, até então, não estavam habituadas com a intervenção estatal em seu cotidiano.³¹²

Diversas polêmicas, como uma greve de artistas e teatros, surgiram em função dessa regulação e da aplicação dos dispositivos pelo próprio Mello Mattos em casos de peças de teatro consideradas impróprias para menores de 18 anos³¹³, inclusive com o estabelecimento posterior, após a chamada “greve dos teatros”, de um exame dos espetáculos e filmes aos órgãos censores e fiscalizadores³¹⁴, acarretando mais de 274 obras censuradas, 144 espetáculos modificados e 1.034 metros de película eliminados³¹⁵. Contudo, o tema não era pacífico. Em decisão de março de 1928, o Conselho Supremo da Corte de Apelação do Distrito Federal, provocado por novo *habeas corpus* impetrado pela Sociedade Brasileira de Empresários Teatrais, que o concedeu. Mello Mattos, contudo, não cumpriu a decisão, o que acarretou em medidas disciplinares, como advertências e até mesmo sua suspensão das funções por 30 dias.³¹⁶

Já quase no fim, do art. 132 ao 145, o Capítulo XI retoma as disposições do Decreto n. 5.083 de 1926 acerca dos crimes de ação ou omissão cometidos contra crianças.

Por fim, o Código, em uma parte especial, regulamenta o Juízo Privativo de

³¹¹ PINHEIRO, 2014, op. cit., p. 145.

³¹² Ibid., p. 122

³¹³ Ibid., p. 123-125.

³¹⁴ Ibid., op. cit., p. 128.

³¹⁵ I Ibid., p. 130.

³¹⁶ Ibid., p. 137-138.

Menores Abandonados e Delinquentes³¹⁷, o processo³¹⁸, o funcionamento do Abrigo de Menores³¹⁹, dos Institutos Disciplinares³²⁰ e do Conselho de Assistência e Proteção aos Menores³²¹, mas conforme o já disposto no Decreto n. 16.272 de 1923.

Assim, percebe-se que o Código Mello Mattos, em verdade, foi a consolidação da trajetória de leis editadas nos anos anteriores, escritas pelo mesmo juiz Mello Mattos e acrescidas e melhoradas de novas normas advindas de sua experiência efetiva como juiz de menores durante três anos.

Contudo, é inegável o avanço feito pelo Código Mello Mattos no sentido de garantir legalmente uma proteção específica a crianças, ainda que consideradas em situação “menorizada” do abandono ou delinquência, com intervenções e classificações herdadas da ação policial e da atuação de delegacias.³²² O Código foi o ápice de um processo progressivo histórico de regulação jurídica normativa de deveres parentais, das obrigações estatais e da necessidade de criação de políticas públicas e instituições para darem efetividade ao disposto na lei. Para muitos, essa foi a base que possibilitou a edição das novas leis da fase da Doutrina de Proteção Integral, com o Estatuto da Criança e do Adolescente.³²³

Conclui-se que durante a Primeira República, há a consolidação do entendimento de que o Estado deveria ser responsável pelo cuidado das crianças pobres, abandonadas e delinquentes, por meio de normas reguladoras próprias e políticas públicas de assistência social específicas, ainda que permeadas pelas ideias de “salvação” da infância, algo presente internacionalmente em países europeus e na América do Norte.³²⁴

Contudo, para muitos estudiosos da política de assistência social do período, essa ação positiva do Estado, na busca de uma solução ou salvação para

³¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Código Mello Mattos. Parte especial, Capítulo I, Artigos 146-156.

³¹⁸ Ibid., Parte especial, Capítulo II, Artigos 157-188.

³¹⁹ Ibid., Parte especial, Capítulo III, Artigos 189-197.

³²⁰ Ibid., Parte especial, Capítulo IV, Artigos 198-221.

³²¹ Parte especial, Capítulo V, Artigos 222-231.

³²² RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 30.

³²³ COUTINHO, Ines J. S. Santos; ARAUJO, Denilson C. 80 anos do Código Mello Mattos: a vida que se fez lei. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 10, 2007, p. 112-113.

³²⁴ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 2.

as crianças “abandonadas ou delinquentes”, não era fundamentada em uma gramática baseada em direitos, mas sim “como uma tentativa de consolidar o controle e o disciplinamento das classes pobres sem, no entanto, modificar as condições de vida e de abandono a que estavam expostas as crianças”³²⁵.

Apesar da estrutura hierarquizada, filantrópica e higienista das novas políticas de assistência social e de saúde pública, muitas vezes criminalizadora da pobreza e situações relacionadas, como a “mendicância” e “vadiagem”, a visão e fundamentação para tais políticas eram voltadas à proteção da infância por meio de uma atuação positiva do Estado, que normativa e efetivamente assumia para si o cuidado direito de crianças e adolescentes, consagrando o modelo institucionalizador das crianças sem cuidado parental, ainda que a figura da adoção, da tutela, da curatela e da nutriz já existissem no Código Civil de 1916.

A institucionalização valia tanto para as crianças sem cuidado parental, “abandonadas”, como para as que cometiam crimes, “delinquentes”, aproximando esses dois universos pelo uso do termo “menor”, que com menção geral à noção de crianças em outros âmbitos do Direito, como nos códigos civis e penais, começa a ser utilizado de forma restritiva, apenas para qualificação das infâncias e crianças consideradas desviadas.

Importante destacar durante a legislação da República, a consolidação do conceito de poder familiar, o chamado “pátrio poder”, que conferia poderes sobre a criação dos filhos, mas também deveres de segurança, sustento e educação livres de maus tratos e castigos imoderados, o que, entre outras, seriam causas para suspensão ou destituição do poder familiar.

Por fim, registra-se que as leis editadas nesse período, para além da criação de novos institutos jurídicos, previram de forma pormenorizada a execução desses institutos pela criação de novas instituições – por meio da construção de espaços físicos para receberem essas crianças desamparadas, da previsão de equipe técnica para realização de visitas domiciliares, pareceres, vigilância e ações de promoção e propaganda nas comunidades – e da

³²⁵ CÂMARA, Sonia. Sob a guarda da República, apud PINHEIROS, 2014, op. cit., p. 265.

remodelagem institucional, para atender essas novas demandas legais e políticas, inclusive pela criação de um Juizado especial e específico para avaliar tais casos, com critérios, processos e ritos próprios.

Começa a ser materializada para a infância, em especial aquela “abandonada e delinquente”, um conceito de política pública organizada e provida pelo Estado, ainda que fortemente atrelado às noções filantrópicas, religiosas e higienistas da época, em uma visão paternal, cujo símbolo maior pode ser personificado na figura de Mello Mattos, o qual afirmou:

“Não se contesta mais ao Estado o direito de se substituir inteira ou parcialmente à família em certos casos; ao contrário, é universalmente reconhecido que isso é um dever do humanitário e social, ao qual o Estado não pode subtrair-se.”³²⁶

Além disso, reflexões sobre a necessidade de políticas públicas estruturantes de melhora nas condições globais de vida da população e, assim, também das crianças, começam a se espalhar entre os profissionais, intelectuais e políticos de diversos campos, como Direito, medicina, assistência social e Educação, como demonstra o pensamento de Mello Mattos em 1935:

“Para combater fatores da criminalidade juvenil e remediar os seus males são necessárias medidas especiais de assistência, proteção e prevenção, tendentes a melhorar as condições econômicas, higiênicas e morais do lar, dos fatores ambientais fora do lar e dos fatores individuais, de modo a ajustar o indivíduo e a sociedade em proveito da criança, colocando acima de tudo o interesse deste.”³²⁷

Contudo, havia aqueles, como o ministro do Tribunal de Alçada, Aldo de Assis Dias, autor do livro *O menor em face da Justiça*, que argumentavam que a iniciativa privada deveria assumir parte dos trabalhos com a infância “abandonada e delinquente”, considerando as deficiências do Estado e seu limite orçamentário.³²⁸

³²⁶ PINHEIROS, 2014, op. cit. p. 121.

³²⁷ Ibid., p. 30.

³²⁸ LIMA, Karina de Oliveira. **Menor: um problema para a sociedade disciplinar**, São Paulo, 2011, Dissertação (Mestrado, Psicologia), Instituto de Psicologia da UPS, orientador Paulo César Endo., p. 77.

Interessante notar que o tratamento da criança “abandonada”, em conjunto com a criança em “delinquência”, permitia uma aproximação dos temas, inclusive no entendimento de que a “delinquência” era fruto do abandono ou da falta de cuidados parentais, inclusive pela possibilidade jurídica, no art. 70 do Código Mello Mattos, do “menor delinquente” ser transferido da escola de reforma, de caráter mais repressivo e correcional, para a de preservação, de caráter mais educativo e promotor de cuidados.

Por fim, faz-se importante destacar o desenvolvimento das atribuições estatais de intervenção na família e limitação do poder familiar, “pátrio poder”, por meio da criação de leis específicas para a infância, como o Código Mello de Mattos, com a vedação da entrada de crianças menores de 18 anos em determinados espetáculos ou filmes, mesmo com a presença ou autorização de suas famílias, tema que alcançou na época o Supremo Tribunal Federal³²⁹ por ações promovidas por famílias, artistas e empresários que se sentiram prejudicados pela medida.

Na decisão negatória de junho de 1928 de *habeas corpus* – impetrado pelo dr. Lauro de Oliveira Santos, de Belo Horizonte (MG), para que seus filhos Ruy e Léo pudessem ir ao cinema, a suspensão parcial do “pátrio poder” só poderia ser feita em relação a menores “abandonados e delinquentes” –, o Supremo, em acórdão assinado pelo ministro Heitor de Souza, atesta a constitucionalidade do Código de Menores e de sua aplicação a todas as crianças, não somente às “abandonadas e delinquentes”, evidenciando três pontos: “a) o direito que o Estado tinha de proteger a infância; b) a necessidade de restrição do “pátrio poder” em favor do Estado e, c) antes dos poderes, eram os deveres que os pais tinham com a educação de seus filhos que deviam ser postos em jogo”.³³⁰

³²⁹ Casos referentes aos *habeas corpus* impetrados pelo dr. Lauro de Oliveira Santos, de Belo Horizonte, para que seus filhos pudessem entrar no cinema da cidade, e por Fausto Werneck Furquim de Almeida, que solicitava a permissão para frequentar com sua família e filha de 12 anos os teatros da capital sem impedimentos ou constrangimentos. Após declaração da Câmara Criminal da Corte de Apelação, como incompetente para arbitrar casos do Juízo de Menores, o caso foi levado ao Conselho Superior da Corte de Apelação e ao Supremo Tribunal Federal, que negou a concessão do mesmo.

³³⁰ SOUZA, José Inacio de Melo. **O Estado contra os meios de comunicação, 1889-1945**. São Paulo: Annblume, 2003, p. 38.

Mello Mattos, seguia uma corrente de pensamento muito profícua no final do século XIX na Europa, que acreditava na restrição ou destituição do poder familiar como ferramenta para a formação moral e física das crianças, um dever “humanitário e social” segundo o qual o poder familiar não se constituía em um privilégio, mas em uma “delegação social que visa o amparo dos interesse morais da prole”, tendo o Estado o direito, “como órgão de coletividade, impor medidas sanitárias, regras pedagógicas e restrições ditadas por consideração de ordem moral ou higiênica, a que os pais e tutores são obrigados a obedecer”³³¹.

Com o processo de especificação das leis para crianças e adolescentes, inicia-se igualmente uma especialização e separação de tratamento legal entre as crianças abandonadas e as crianças delinquentes, ainda que muitas das delinquentes fossem abandonadas e muitas das abandonadas fossem delinquentes. No processo de sistematização do Código Mello Mattos, já há uma separação em capítulos diferentes, um avanço em relação às legislações do Império.

Essa separação legal resulta também em uma separação no encaminhamento dado a cada situação do caso concreto e, fisicamente, a qual instituição a criança seria encaminha: às escolas de prevenção para as crianças abandonadas ou às casas de reforma para as crianças delinquentes.

Constata-se que o conceito de delinquência vai ganhando contornos próprios, não mais fundamentado em uma visão paternalista, abonado por teorias do abandono e, portanto, da compaixão cristã, ainda que os processos de reeducação fossem violentos, com práticas de correção e castigos físicos nos estabelecimentos institucionais.

Foi no período da Primeira República que a delinquência infantil começa a ser atrelada à vadiagem, periculosidade, mendicância e libertinagem, o que igualmente culminará na adoção de práticas ainda mais repressivas para essas crianças, tendo seu ápice no Serviço de Assistência ao Menor (SAM), durante o governo de Getúlio Vargas, e nas unidades da Febem, do período da ditadura civil-militar.

³³¹ MATTOS, José Cândido de Albuquerque Mello. Em defesa do Código de Menores. p. 146, apud PINHEIROS, 2014, op. cit., p. 131.

1.5. O Estado Getulista (1930-1945)

Com a crise mundial gerada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929 e o rompimento da “política do café com leite” pela oligarquia paulista, um movimento armado liderado pelos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, organiza o Golpe de 24 de outubro 1930, depondo o Presidente da República, Washington Luís. Contudo, após a vitória nas eleições do candidato paulista e governista Júlio Prestes, um novo golpe de estado foi feito, pelo qual Getúlio Vargas, apoiado pelos militares, marcou o fim da República Velha e inaugurou os 15 anos de seu governo.

Por meio do Decreto n. 19.398 de 11 de Novembro de 1930, instituiu-se o Governo Provisório, assumindo as funções do Executivo e Legislativo, revogando a Constituição e prevendo uma nova Assembleia Constituinte para uma nova Constituição, o que foi feito somente após a Revolução Constitucionalista de 1932, liderada pelo estado de São Paulo.

Em seu curto período no Governo Provisório, Getúlio Vargas empreendeu uma série de reformas no sistema educacional e de saúde, inclusive com a criação dos Ministério da Educação e da Saúde. No âmbito da educação, a chamada Reforma Educacional Francisco Campos estruturou, entre outras coisas, o ensino secundário, pelos Decretos n. 19.890 de 18 de abril de 1931 e n. 21.241 de 14 de abril de 1932.

Após a Assembleia Constituinte em 1933, a Constituição de 1934, elaborada com inspiração da Constituição alemã da República de Weimar e da Constituição espanhola de 1931, foi a primeira a dispor sobre a proteção especial da família pelo Estado, além de estabelecer o sufrágio secreto e universal, a justiça do trabalho e os direitos dos trabalhadores. Acerca da família, consolidou entre os artigos 144 e 147 o entendimento do Código Civil de 1916, de que a família é constituída pelo casamento civil ou religioso indissolúvel e que os filhos naturais necessitariam da mesma proteção dada aos filhos legítimos.

Sobre à infância, determinou que incumbia à União, Estados e Municípios “amparar a maternidade e a infância” (art. 138, c), inclusive nos ambientes de trabalho (art. 121, parágrafo 3º), com destinação obrigatória das rendas tributárias para esse amparo (art. 141). Ainda, houve a proibição do trabalho a menores de 14 anos, do trabalho noturno para menores de 16 e dos insalubres para menores de 18 anos e mulheres (art. 121, d).

Assim, o governo constitucional de Vargas iniciou um fortalecimento das políticas de assistência social às crianças, assunto central no ideal estatal de criação de um “novo homem brasileiro”, forjado pelo trabalho, para qual a infância era o meio para sanar todos os demais problemas sociais. Em 1933, convocou a primeira Conferência Nacional de Proteção à Infância, com delegados de todos os estados brasileiros, o que culminou na criação da Diretoria de Proteção à Maternidade e à Infância em 1943.³³²

Já após o novo golpe por Vargas, elabora-se a Constituição de 1937, conhecida como Polaca por se inspirar na Constituição polonesa de 1935, inaugurando o período ditatorial getulista. Na nova Constituição, o casamento indissolúvel foi mantido, mas foi retirada a norma relativa ao casamento religioso. Iniciou-se uma preocupação de proteção social da família e seus integrantes, com a previsão no artigo 124 de compensações estatais para famílias numerosas, e preocupação com a formação educacional “da prole” por parte dos pais e, igualmente, por parte do Estado.

Destaca-se que foi na Constituição de 1937 que a preocupação com “a infância e juventude”, após os desdobramentos do governo constitucional, ganhou lugar mais amplo e proteção especial nos textos constitucionais, estabelecendo no item Da Família, normas expressas, como o art. 127, em que elas “devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades”. O mesmo artigo registra de forma clara e expressiva o tema da “criança abandonada”, prevendo que “o abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta

³³² GUSMÃO, 1942, p. 225 In: FONSECA, 1993, p. 100-101.

grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”.

Tal objetivo estatal foi ainda reforçado no art. 141, que determinou “obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias”.

A mesma Constituição ressalta o dever parental, com apoio e colaboração do Estado, de educação dos filhos por meio do art. 125, que prevê: “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”.

Também no tema da Educação, estabeleceu o dever do Estado e de todos os entes federativos de provê-la “à infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares”, inclusive o ensino pré-vocacional e profissionalizante, dever inclusive das indústrias para com os filhos de seus operários, conforme disposições do art. 129. Estabeleceu a competência da União para fixar as bases e determinar “as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e juventude” (art. 16) e tornou o ensino primário gratuito e obrigatório (art. 130) e o ensino religioso possível nas escolas, mas não obrigatório (art. 133).

No âmbito dos Direitos e Garantias Individuais, colocou como possibilidade de restrição ao direito de liberdade expressão no item 15 do art. 122, alínea “b”, medidas “para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude”.

Por fim, no tema da Saúde, competia privativamente à União a elaboração de “normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde

da criança”³³³.

Nota-se pela Constituição de 1937 um movimento de constitucionalização dos interesses das crianças no Brasil em diversas áreas, especialmente na Educação e na Saúde, por meio de uma clara atribuição ao Estado do dever de prover o cuidado e garantias especiais a elas e colaborar com suas famílias, especialmente de “pais miseráveis”.

Contudo, não se pode afirmar, ainda, um início de um processo de acolhimento constitucional dos direitos de crianças e adolescentes, posto que era uma Constituição outorgada em um regime ditatorial do Estado Novo. Há aqueles que negam, inclusive, a existência jurídica da Constituição de 1937, por não ter sido enviado à consulta popular por plebiscito, conforme seu art. 1937.³³⁴

Para dar efetividade a seu projeto de Estado Brasileiro, Getúlio Vargas inicia uma série de reformas e políticas estatais, o que fortalece a ideia do Estado como principal agente executor de políticas públicas sociais³³⁵, como as políticas reformadoras nas áreas de Educação, Saúde e Segurança, todas com impactos, reflexos ou intervenções diretas na vida das crianças, vistas como o futuro da nova nação e homem brasileiro, conforme as próprias palavras de Vargas: “É preciso plasmar na cera virgem que é a alma da criança, a alma da própria Pátria”³³⁶.

No âmbito da Educação, além das reformas educacionais em curso de 1930, destaca-se a fusão dos seus objetivos de engendrar um “novo homem” brasileiro pela formação das crianças com o aparato propagandístico estatal, por meio do qual as escolas infantis foram alimentadas com cartilhas escolares como claro instrumento de valorização da identidade e dos símbolos nacionais e culto à figura de Getúlio Vargas, como as famosas cartilhas *Getúlio Vargas, o amigo das crianças*, de 1940, e *Getúlio Vargas para crianças*, de 1942.³³⁷

³³³ BRASIL, Constituição outorgada de 1937 XXVII, Artigo 16.

³³⁴ CUNHA, Fernando Whitaker da. Comentários à Constituição. In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 13.

³³⁵ FONSECA, op. cit., p. 98.

³³⁶ VARGAS apud FONSECA, 1993, p. 102

³³⁷ SCHMITZ, Zenaide Inês; COSTA, Miguel Ângelo Silva da. Educação, infância e nacionalismo: uma abordagem a partir das cartilhas escolares “Getúlio Vargas para crianças” e

Em relação à Saúde, destacam-se serviços específicos de saúde infantil, influenciados por ideias eugênicas de formação da “raça brasileira” presentes nas associações e nos representantes médicos da época, como o serviço de Escolas-Hospitais, que propagavam a educação sanitária e higiene escolar por meio da internação de crianças em espaços considerados adequados, e o Laboratório de Biologia Infantil³³⁸, criado em 1936 pelo desembargador Burle de Figueiredo para apoiar e orientar o Juizado de Menores na realização de estudos dos “menores abandonados e delinquentes”, onde diversas pesquisas foram realizadas, mas todas corroborando para uma ideia de que a criminalidade advinha de problemas genéticos e que, por isso, a intervenção sistemática do Estado seria justificada.³³⁹

Sobre políticas criminais e segurança pública, em 1940, é editado um novo Código Penal, pelo Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940, com projeto de autoria de José de Alcântara Machado, com vigência até os dias atuais. Acerca das crianças, o novo código alterou, agora formalmente³⁴⁰, a idade penal no Brasil, estabelecendo taxativamente em seu artigo 23 que “os menores de dezoito anos são penalmente irresponsáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Ele estabeleceu que o cometimento de crime contra a criança era circunstância agravante de crime (art. 44, i); previu a incapacidade, pelo cometimento de crime contra os costumes em detrimento do filho, para exercício do “pátrio poder”, tutela ou curatela, mesmo com reabilitação (art. 119 § 2º, b); e tornou circunstância atenuante o agente ser menor de 21 anos (art. 48, I), para o qual é garantido também suspensão condicional da pena de reclusão (art. 30 § 3º).

Em 1941, o governo de Getúlio Vargas criou o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), no âmbito do Ministério da Justiça, para lidar com as crianças menores de 18 anos que haviam cometido crimes ou contravenções, herdando o modelo e a estrutura do atendimento do Juízo de Menores do Distrito Federal. O mesmo, anteriormente comandado por Mello Mattos, tinha agora com o objetivo de

“Getúlio Vargas: o amigo das crianças”. **Revista Linhas**, Florianópolis, v. 18, n. 36, p. 377-404, jan./abr. 2017, p. 377.

³³⁸ FONSECA, op. cit., p. 106-108.

³³⁹ Ibid., p. 113.

³⁴⁰ A legislação especial do Código Mello Mattos havia estabelecido normas específicas para os indivíduos até 18 anos, afastando o encaminhamento para prisões comuns e determinando um processo especial, mas o Código Penal Republicano não havia sido alterado.

expansão nacional do modelo, algo frustrado pelo clientelismo, uso privado da máquina pública e pelo sistema gerido por iniciativa privada do *per capita*.³⁴¹

O “malfadado” SAM, ápice do modelo correccional-repressivo na institucionalização de jovens e crianças, conhecido à época como “internato de horrores”, perdurou como política até 1964, quando foi substituído pela -Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (Funabem) durante a ditadura cívico-militar.³⁴²

Marcado por inúmeros escândalos de corrupção e violência contra as crianças em suas dependências, o SAM – e conseqüentemente e essas crianças – adentrou o imaginário social como uma “escola do crime”, na qual passavam “menores transviados” e verdadeiros “bandidos”.³⁴³

Cabe ressaltar que além do SAM e das políticas de Saúde e Educação, outras entidades federais foram criadas para o cuidado da criança, todas atreladas à figura da primeira dama Darcy Vargas e, portanto, de cunho assistencialista, como a Legião Brasileira da Assistência (LBA), para as crianças órfãs de guerra, e as Casas de aprendizagem profissional (do Pequeno Jornaleiro, do Pequeno Lavrador e do Pequeno Trabalhador), para o ensino de ofícios às crianças.

Em um movimento assistencialista da sociedade civil de refundar o Brasil, foram criadas instituições privadas, como a Liga das Senhoras Católicas, o Rothary Club, a Associação Pérola Byington etc., todas igualmente interessadas no tema da infância como meio da construção de um novo futuro brasileiro.

Destaca-se a influência de modelos europeus de cuidado, como as escolas-hospitais, que propagavam o entendimento de afastamento do poder familiar pelo Estado para que a criança pudesse ser internada para cuidados e tratamentos em ambientes livres de doenças e outro males. Como afirmou o médico brasileiro Oscar Clark: “Toda criança débil física tem de ser afastada do meio pobre e ignorante, *fons et origo* de todos os males”³⁴⁴.

³⁴¹ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 34;

³⁴² Ibid., p. 33.

³⁴³ Ibid., p. 34.

³⁴⁴ O. Clark. A Função Médico-Social da Escola Primária. A Folha Médica, junho de 1940, p. 96. Apud, FONSECA, Cristina M. Oliveira. A saúde da criança na política social do primeiro governo Vargas. Physis [online]. 1993, vol.3, n.2, p. 108.

O viés autoritário e intervencionista do Estado Getulista, influenciou igualmente as políticas voltadas à infância, por meio de uma visão eugenista e de controle da educação e desenvolvimento da criança, com práticas sob orientação assistencialista para a solução de problemas estruturais e sociais.

Mais uma vez, compartilha-se da ideia de intervenção do Estado para suprir as carências de cuidado e educação da criança, inclusive pela suspensão ou extinção do poder familiar, especialmente de famílias em situação de pobreza. Contudo, como bem destaca a pesquisadora da Fiocruz, Cristina Oliveira Fonseca, “A ignorância e a pobreza seriam os grandes responsáveis pela doença, mas as origens socioeconômicas da ignorância e da pobreza não eram enfocadas”³⁴⁵.

Por fim, sobre as políticas indigenistas do Estado na Era Vargas, importante entender o contexto do plano estatal de formação da identidade nacional, que orientava uma ótica romântica em relação aos índios, transformando-os em ícones culturais, inclusive pela decretação do Dia do Índio, em 1934.³⁴⁶

Primeiro presidente a visitar uma área indígena³⁴⁷, Vargas buscava exaltar as contribuições indígenas para a história brasileira e patrimônio nacional, omitindo as atrocidades das quais foram vítimas.³⁴⁸ Contudo, tal visão não era unânime no governo e enfrentava resistência de setores como os militares, que acreditavam que os índios eram peso morto, nada produziam e não se submetiam às leis nacionais.³⁴⁹

Inaugurando uma Marcha para o Oeste, a Era Vargas continuou com a tutela legal inaugurada pela Lei n. 5.484 de 1928, mas buscou incorporar os índios como agentes à serviço do Brasil e na construção do “novo brasileiro”, inclusive, incluindo alguns representantes indígenas como funcionários do governo.³⁵⁰

³⁴⁵ FONSECA, Cristina M. Oliveira. A saúde da criança na política social do primeiro governo Vargas. *Physis* [online]. 1993, vol.3, n.2, p. 114.

³⁴⁶ GARFIELD, Seth. As raízes de uma planta que hoje é o Brasil: os índios e o Estado-Nação na era Vargas. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 20, n. 39, p. 15-42, 2000, p. 18.

³⁴⁷ A aldeia dos índios Karajá, na Ilha do Bananal (GARFIELD, 2000, p. 14).

³⁴⁸ GARFIELD, op. cit., p. 17.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 23.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 28.

1.6. O período democrático (1945-1964)

Com o fim da ditadura do Estado Novo e o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, inicia-se o período democrático da República Populista e a elaboração, por meio de Assembleia Constituinte, da Constituição de 1946, a qual retomava liberdades e disposições espelhadas na Constituição de 1934, como o fim da censura, da pena de morte e da prisão perpétua e o restabelecimento da forma federativa, mas com grande concentração do poder na União. Ainda, diversos remédios constitucionais foram restaurados, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Contudo, a nova Constituição, organizada pela elite patrimonial da época, em sua maioria conservadores, permitiu a volta de disposições tradicionais acerca da família nos artigos 163 e 165, como a retomada constitucional do reconhecimento do casamento religioso e a permanência da indissolubilidade.

Sobre o dever do Estado na proteção da criança, versava diretamente apenas o art. 164, sobre a obrigatoriedade da “assistência à maternidade, à infância e à adolescência”. Entretanto, consolidou a educação como “um direito de todos” (art. 166), com ensino primário obrigatório e gratuito (art. 168) e assistência educacional para eficiência escolar para alunos necessitados (art. 172). Contemplava também a previsão expressa de investimento de mínimo de orçamento público na área, 10% da União e 20% dos demais entes federativos (art. 169), e a previsão de uma regulação sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 5º, d), o que foi feito somente pela Lei n. 4.024 em 1961. Igualmente, as proibições com relação ao trabalho infantil foram retomadas (Artigo 157, IX). Disposições sobre direitos sociais relativos ao trabalho foram ampliadas, como o salário mínimo (art. 157, I), equidade e não discriminação salarial (art. 157, II), o direito da gestante ao descanso (art. 157, X) e à assistência hospitalar e médica (art. 157, XVI).

No âmbito legal, novas regulações de Direito Civil foram editadas durante o período alterando o Código Civil, muitas com o objetivo de fomentar a adoção de crianças sem cuidado parental: a regulação do reconhecimento dos filhos

ilegítimos³⁵¹, inclusive para prestação de alimentos e direitos de sucessão; a definição de que a emancipação por Registro Público não dependeria de autorização judicial³⁵²; e as mudanças com relação ao instituto da adoção, mas mantendo a desigualdade entre o adotado e outros irmãos e a possibilidade da dissolução do vínculo³⁵³.

Ainda como forma de abranger as crianças “abandonadas e delinquentes”, agora chamadas pela legislação de “menores necessitados”, foi editada a Lei n. 560 de 27 de dezembro de 1949, que previa a criação, junto aos Juízos de Menores, do Serviço de Colocação Familiar, uma espécie de serviço para encaminhamento de crianças a casas de famílias, “a título gratuito ou remunerado”, criando regras para as famílias interessadas (art. 3º) e estabelecendo suas obrigações (art. 5º), “em condições idênticas às dos próprios filhos”, como educação, alimentação, alojamento, vestuário, tratamento médico, recreação e educação religiosa.

Constata-se que com essa lei sistematiza-se no Brasil, por meio da organização de uma política pública nacional e não mais pelo voluntarismo dos Juízes de Menores ou solidariedade de famílias, a política de família acolhedora, um dos encaminhamentos existentes até hoje, especialmente em outros países, de encaminhamentos de crianças sem cuidado parental ou vítimas de abuso e negligência, com a suspensão ou destituição do poder familiar.

No âmbito penal, destaca-se a Lei n. 2.252 de 1954, que instituiu o crime de corrupção de menores – aqueles menores de 18 anos –, que consistia na indução ou prática conjunta de infrações penais. Já no âmbito da criança em conflito com a lei, registra-se a apresentação na Sessão da Câmara dos Deputados de 20 de maio de 1960, do projeto de Lei n. 1.926, de autoria dos deputados Menezes Côrtes e Geraldo Guedes, sobre “as medidas aplicáveis aos menores de 18 anos pela prática de fatos definidos como infrações penais”. Tal projeto evidencia uma discussão emergente sobre a necessidade de reforma da política do SAM para crianças que cometiam atos análogos a crimes, estabelecendo em 14 anos a idade

³⁵¹ Lei n. 883 de 21 de outubro de 1949.

³⁵² Lei n. 2.375 de 21 de dezembro de 1954.

³⁵³ Lei n. 3.133 de 8 de maio de 1957.

para reclusão (“internação”) em estabelecimento apropriado, pelo prazo de 2/3 do máximo de pena para o fato previsto na lei penal, entre outras provisões.³⁵⁴

Importante registrar a Lei n. 4.266 de 3 de outubro de 1963, que instituiu legalmente o chamado “salário família do trabalhador”, por meio do qual as empresas vinculadas à Previdência Social pagariam uma quota percentual do salário mínimo por cada filho menor de 14 anos de qualquer condição do trabalhador.

1.6.1. Influências internacionais

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, fez-se necessário registrar as influências da esfera internacional sobre as discussões e elaborações legais e de políticas públicas no Brasil, especialmente com a criação no mesmo ano da Organização das Nações Unidas (ONU) e a fundação da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948, com o Brasil como um dos 21 fundadores, e do início da Guerra Fria entre os Estados Unidos e a União Soviética.

Na gênese da ONU, a proteção da criança e de seus direitos continuou sendo objeto de especial atenção. Um amplo movimento internacional se manifestava a favor da criação do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (Unicef), cuja criação se deu em 11 de dezembro 1946, com o objetivo de atuar emergencialmente com crianças vitimadas por guerras e catástrofes, além de desenvolver programas de saúde, nutrição, educação, água e saneamento para crianças em todo mundo.³⁵⁵

Com a criação da ONU, os países do continente americano buscaram readequar e fortalecer o Sistema de Integração Americano criando a OEA, um organismo regional, para, nos termos do art. 1º de sua Carta³⁵⁶, “conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua

³⁵⁴ CIESPI. **Projeto n. 1.926 de 1960.** Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%201926_1960.pdf>.

³⁵⁵ Cf. UNICEF. **Unicef History.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/about/history/>>.

³⁵⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>.

independência”.

Na mesma conferência de Bogotá, foi aprovada a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, que se deu em abril de 1948, antes mesmo da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. A Declaração Americana advém de um cenário geopolítico específico, no qual a união de países da América Latina pela criação de um ambiente respeitador dos direitos humanos era uma forma de consolidar o princípio da não intervenção estatal, limitando, especialmente, a influência dos Estados Unidos na região americana.³⁵⁷ Dessa forma, no âmbito da Declaração Americana, o direito específico da criança é contemplado no art. 7º, concedendo-a o “direito à proteção, cuidado e ajuda especiais”.³⁵⁸

Em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU, a *Declaração Universal de Direitos Humanos* de 1948, cujo art. 25, 2, prevê que "a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social".³⁵⁹

Em 1950, instalou-se em João Pessoa (PB), um escritório regional da Unicef, visando a atuação em programas de proteção à saúde da criança e de gestantes nos estados do Nordeste brasileiro.³⁶⁰

Em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou por unanimidade uma nova *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, que demarca um avanço não só quantitativo (possui cinco princípios a mais do que a *Declaração de Genebra de 1924*, totalizando 10 princípios), como também qualitativo, uma vez que a criança é reconhecida como sujeito de direitos, afastando a interpretação semântica da *Declaração de Genebra*, na qual a criança era vista apenas como objeto de intervenção.³⁶¹ No entanto, este texto não era de cumprimento obrigatório

³⁵⁷ LEITE, Isabel Costa. Os objetivos políticos da OEA: intervenção e desafios no espaço latino-americano. **Cadernos de Estudos Latino-americanos**, n. 1, 2006, 45-86, p. 46.

³⁵⁸ CIDH. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>.

³⁵⁹ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos* G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).

³⁶⁰ Cf. UNICEF. **Unicef no Brasil**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/overview_9489.html>.

³⁶¹ SURALL, Frank. **Ethik des Kindes: Kinderrechte und ihre theologisch-ethische Rezeption**. Habilitationsschrift, Kohlhammer W, 2009, p. 52.

para os Estados-membros. Por meio desta declaração da ONU, reconheceu-se finalmente a necessidade do estabelecimento de uma Convenção, um instrumento normativo vinculante dos Estados-partes.³⁶²

Pode-se afirmar que o processo de consolidação dos direitos da criança no âmbito da ONU, possui congruência com a especialização dos organismos na proteção dos direitos humanos.³⁶³ Ou seja, junto com a criação de diferentes tratados de proteção aos direitos humanos, por parte do Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), houve também o reconhecimento nestes tratados da necessidade de se proteger de forma especial a criança.³⁶⁴

1.7. A ditadura civil-militar (1964-1985)

Com o Golpe Civil-Militar no dia 31 de março de 1964, nos quais os militares passaram a exercer o poder estatal diretamente com apoio de segmentos da sociedade (como a elite rural e industrial paulista, setores conservadores da classe média e Igreja Católica), o Estado brasileiro adentra em um regime de exceção jurídica, no qual os fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federalista no Brasil, ainda que frágeis diante do processo histórico instável até então, foram duramente atingidos e subvertidos.

Sob o argumento de um suposto interesse geral da nação brasileira contra uma igualmente suposta ameaça comunista apresentada pela eleição e posse de João Goulart, após renúncia de Jânio Quadros, liberdades constitucionais na forma de direitos fundamentais foram derogadas, instaurando, assim, um Estado autoritário, burocrático e centralizador.

1.7.1. A política da Funabem, o anti-SAM

Contudo, o Estado continuou a produzir regulações e políticas públicas,

³⁶² KERBER-GANSE, W. **Die Menschenrechte des Kindes, Die UN-Kinderrechtskonvention und die Pädagogik von Janusz Korczak**, Versuch einer Perspektivenverschränkung, Warschau: Barbara Budrich, Opladen & Farmington, 2009, p. 47.

³⁶³ FRIEDERICH, D. (2006): *Die UN-Kinderrechtskonvention*, Norderstedt Germany: GRIN Verlag, 2006, p. 4.

³⁶⁴ SURALL, 2009, op. cit., p. 63.

muitas delas relacionadas às crianças e aos serviços de atenção e assistência a elas, como a instituição do Salário-Educação, pela Lei n. 4.440 de 27 de outubro de 1964, que previa às empresas vinculadas à Previdência Social contribuição correspondente ao custo do ensino primário dos filhos de seus empregados, com a finalidade de suplementar as despesas públicas com a educação obrigatória elementar.

Após diversas denúncias de autoridades públicas e políticos – inclusive de antigos diretores, como Paulo Nogueira Filho³⁶⁵ –, logo nos primeiros meses do regime civil-militar, foi apresentado o Projeto n. 1.712 de 1964, de autoria do deputado Cardoso de Menezes, que extinguiu o “malfadado” SAM – que na época compreendia 13 estabelecimentos públicos mais 46 financiados, com o total de 7.235 crianças em 1966³⁶⁶ – para criar, com seus bens e estrutura, a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) e suas respectivas Fundações Estaduais do Bem-Estar do Menor (Febem). Ainda em 1964, a Lei n. 4.513 de 1º de dezembro, autorizou o Poder Executivo a criar a nova Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), o “anti-SAM”, um modelo atrelado à ideia de “segurança nacional” propagada pelo regime militar.³⁶⁷

Apesar de algumas unidades da Febem terem procurado inovações pedagógicas, em sua maioria prevaleceu o uso de mecanismos repressivos e autoritários, com patentes violações de direitos humanos autorizadas pelo Estado, em especial de crianças negras, que são os rostos mais frequentes nos registros e imagens das unidades da Febem.³⁶⁸

Entre 1966 e 1973, foram realizados 100 convênios para mais de 605 projetos para execução da política nacional, com obras a serem feitas nas instituições, treinamento etc., por meio de vultuosas destinações orçamentárias³⁶⁹, intensificando a prática já conhecida de recolhimento de crianças de rua,

³⁶⁵ O antigo diretor do SAM escreveu o livro *SAM: Sangue, Corrupção e Vergonha*, denunciando a exploração das crianças dentro da política e os esquemas de corrupção (Cf. RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 34).

³⁶⁶ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 36.

³⁶⁷ Ibid., p. 36.

³⁶⁸ DEL PRIORI, 2012, op. cit., p. 238.

³⁶⁹ Conforme demonstra a Lei n. 4.887 de 9 de dezembro de 1965, que autoriza o Ministério da Fazenda a doar Cr\$200.000.000.000 para a Funabem.

chegando ao número de 53 mil em 1972, a maioria advinda das favelas do Rio de Janeiro ou de estados como Minas Gerais e Espírito Santo.³⁷⁰ Conforme dados apresentados por Arthur Rios, assessor da presidência da Funabem, na tentativa de demonstrar a gravidade do problema, em São Paulo, o número de internos chegava a 33 mil, ainda que houvesse a necessidade de atendimento a 360 mil menores, em função do seu “estado de abandono”.³⁷¹

Como afirmam Irene e Irma Rizzini, “Boa parte dos internatos contratados (145) e próprios (8) estava situada no interior, números que revelam uma política deliberada de não só ‘limpar’ as ruas da cidade dos elementos indesejáveis, mas de punição, pelo afastamento da família e de desarticulação, ao retirá-los do seu meio social.”³⁷²

Destaca-se também que a falta de recursos materiais e educacionais permitiu que muitas famílias, uma grande parte com abandono paterno (32,7%), buscassem a Funabem para internação de seus filhos, como forma de acessar serviços de educação e alimentação, indisponíveis de outras formas.³⁷³ Tais experiências eram vistas como formas de cuidado, inclusive por próprios “ex-abrigados”, como afirma Ana Lúcia Pastori, em pesquisa e curta-metragem etnográficos sobre adultos que buscaram seus antigos prontuários de suas passagens na Febem:

“Os três ‘ex-abrigados’ ao se autodenominam ‘ex-menores’ frisaram, em uníssono com outros, que são exemplos de sobreviventes vitoriosos e não de fracassados advindos de situações de ‘abandono’, pois entre essas e os cuidados que receberam, optaram por enfatizar os cuidados e os usos que deles que souberam fazer.”³⁷⁴

1.7.2. As Constituições de 1967 e 1969 e novas leis subsequentes

³⁷⁰ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 36.

³⁷¹ RIOS, 1974, p. 55-56 apud RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 37

³⁷² RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 38.

³⁷³ Ibid., p. 41.

³⁷⁴ SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. **Fios da vida**: crianças abrigadas, hoje adultas, diante de seus prontuários. Revista de Antropologia, Vivência, n. 46, 2015, p. 93-112. Sobre isso, ver também o curta-metragem *Fios da vida*, da mesma autora. Disponível em: <<https://vimeo.com/87861772>>.

Em 1967, a Constituição de 1946 foi substituída pela Constituição de 1967, que apesar de possuir conteúdo material constitucional, no intuito de transmitir a aparência de legalidade para o regime civil-militar, não possuía a mesma hierarquia na ordem jurídica do país nem passou formalmente pelos ritos de uma Constituinte, como a investidura necessária ao Congresso do poder constituinte originário.

Posto que o país não vivia um estado de direito, mas sim em um regime autoritário, em que as normas jurídicas eram alteradas conforme o desejo e interesse do governo, a nova Constituição foi imposta, centralizando todo o poder na União e no Poder Executivo, focando especial atenção em normas relativas à política da “segurança nacional”. Nesse sentido, muitos direitos fundamentais foram revogados na própria Constituição, como também nos chamados Atos Institucionais (AI), como o AI-5 de 13 de dezembro de 1968, como a suspensão do *habeas corpus* em casos contra a segurança nacional, o confisco de bens e a decretação do estado de sítio sem critérios.³⁷⁵

Com relação à criança, a Constituição de 1967 apenas abordou no seu art. 167, § 4º que a lei instituiria “a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”. No art. 158, X, diminuiu a idade mínima de trabalho de 14 para 12 anos, mas mantendo a proibição do trabalho noturno para os menores de 18 anos. Houve, ainda, no mesmo artigo, item II, a inclusão constitucional do “salário-família” para filhos de trabalhadores.

Em 17 de outubro de 1969, uma Emenda Constitucional modificou inúmeras disposições da Constituição de 1967, possibilitando que muitos afirmassem se tratar de uma nova Constituição. No que concerne ao tema da família, uma grande modificação foi realizada: a retirada do texto constitucional da indissolubilidade do casamento, possibilitando que, mediante previsão legal, houvesse o fim do laço jurídico matrimonial. No parágrafo relativo ao tema da proteção à criança, foi apenas acrescido a preocupação com “a educação de excepcionais”.

³⁷⁵ GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008., p. 122-123.

Outras leis direcionadas às crianças, especialmente para o encaminhamento das consideradas “abandonadas”, foram elaboradas durante o período ditatorial, como a Lei n. 8435 de 3 de dezembro de 1964, que regulava a “colocação remunerada” pelo Juiz de crianças em famílias; a Lei n. 4.655 de junho de 1965, que regulou a legitimidade da filiação por adoção para crianças menores de 7 anos após o período de três anos de guarda; a Lei Nº 5.145 de 20 de Outubro de 1966, que estabelece regras para a naturalização brasileira de filhos menores nascidos antes da naturalização dos pais; a Lei n. 6.015 de 1973, que organizou os registros públicos no Brasil, inclusive a obrigatoriedade do registro de nascimento e suas regras, prevendo gratuidade para “pessoas comprovadamente pobres”; a Lei n. 5.692 de 1971, que fixou as diretrizes e bases para o ensino do 1º e 2º graus;

No âmbito do controle da exposição de conteúdo a criança e adolescentes, destaca-se a Lei n. 2.089 de 30 de agosto de 1966, que proibiu, além da exibição de *trailers* impróprios, a impressão e circulação de publicações destinadas à infância e à adolescência que explorassem temas de crimes, terror ou violência, por serem “ofensivas à moral e aos bons costumes”, com previsão de apreensão e impedimento de circulação por parte dos Juízes de Menores. A Lei n. 5.675 de 1971 emendou o art. 77 do Decreto n. 5.083 de 1926, para limitar o poder dos juízes de menores de diminuir a idade fixada pela Censura Federal, órgão vigente de controle prévio das produções culturais.³⁷⁶ Nesse mesmo sentido, a Lei n. 6.207 de 1975 altera o art. 130 do Decreto n. 17.943-A de 1927, proibindo a entrada de menores de 18 anos em “boates, bailes públicos e congêneres”, salvo por autorização judicial, e de menores de 21 em casas de jogo.

Com relação à responsabilização de crianças pela prática de crimes, houve mudanças importantes, com a aprovação da Lei n. 5.258 de 10 de abril de 1967, baseada no projeto de lei n. 1.926, de autoria dos deputados Menezes Côrtes e Geraldo Guedes, apresentado anteriormente ao Congresso em maio de 1960. Houve, portanto, a regulação específica de tratamento dispensado aos “menores

³⁷⁶ CIESPI. **Lei n. 5.675 de 12 de julho de 1971.** Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/LEI%205675_12_%20JUL_1971.pdf>.

moralmente abandonados, pervertidos ou delinquentes”, inclusive do processo judicial a que seriam submetidos (art. 3º ao 10). Estabeleceu que os menores de 14 anos seriam sujeitos a medidas de “proteção, assistência, vigilância e redução” (art. 1º), enquanto os entre 14 e 18 anos poderiam ser internados³⁷⁷ ou retornados, mediante condições, à família original ou outra considerada idônea. Previu, ainda, que em caso de “particular periculosidade”, a criança poderia ser internada em estabelecimento de adultos, mas sempre em seção separada.³⁷⁸

Houve durante o regime ditatorial uma tentativa frustrada de edição de um Novo Código Penal pelo Decreto-lei n. 1.004 em 21 de outubro de 1969, o qual foi duramente criticado, inclusive por retomar no art. 33, a teoria do discernimento para os maiores de 16 anos para fins de cálculo da pena de internação. O referido código foi modificado pela Lei n. 6.016 de 1973, que trouxe nos artigos 33, 34 e 37, uma inclusão sobre a finalidade das “medidas educativas, curativas ou disciplinares” exercerem sobre os menores de 18 anos “uma individualizada ação educativa, no sentido de sua recuperação social”. Todavia, o novo código foi revogado por completo pela Lei n. 6.578 de 1978.

Após um longo período de retrocessos e violações de direitos fundamentais, em 1975 inicia, ao menos no discurso, um processo promovido pelo general Geisel, de “distensão lenta, gradual e segura” do governo militar rumo à democratização. Com a intensificação e o alastramento por todo o território nacional do Movimento das Diretas-Já a partir de 1983, a pressão popular e social por eleições diretas e o fim do governo militar possibilitou que José Sarney assumisse a presidência em março de 1985, iniciando o processo brasileiro de redemocratização.

O Código de Menores de 1979 criou uma nova categoria, “menor em situação irregular”, que “expunha as famílias populares à intervenção do Estado, por sua condição de pobreza”³⁷⁹.

³⁷⁷ “O prazo de internação não será inferior a dois terços do mínimo, nem superior a dois terços do máximo da pena privativa de liberdade cominada ao fato na lei penal.” (Artigo 2º, parágrafo 1º).

³⁷⁸ Parágrafo 5º, Artigo 2º.

³⁷⁹ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 41.

1.7.3. O Código de Menores de 1979 e as crianças em “situação irregular”

Com a revogação do Código Mello Mattos pela Lei 6.697 de 1979, que instaurou um novo Código de Menores, é inaugurada a segunda fase dos Direitos da Criança e do Adolescente, a fase da Situação Irregular³⁸⁰.

Conforme art. 2º do novo Código, a doutrina da Situação Irregular reconhece esses menores por meio de uma trilogia menorista, a qual abrangia somente os menores em condição de descaso: os “menores” carentes, aqueles privados “de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução”, por falta, ação ou omissão dos pais ou responsável ou manifesta impossibilidade de provê-las (art. 2º, I); os “menores” abandonados, vítimas “de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável” ou em “perigo moral” por estarem em ambientes ou serem explorados em atividades “contrários aos bons costumes” e por estarem sem cuidado parental ou responsável (art. 2º, II a IV); e os “menores infratores”, aqueles “com desvio de conduta em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária” ou “autor de infração penal” (art. 2º, V e VI).

Nesse sentido, o novo Código é dividido em dois livros, a *Parte Geral*, com disposições temáticas materiais, e a *Parte Especial*, sobre o processo e competência dos agentes do Sistema de Justiça, como juiz e promotor.

A *Parte Geral* é subdividida em oito títulos. O título I, sobre disposições preliminares com as definições (art. 1º e 2º) dos “menores em situação irregular” e o caráter gratuito e sigiloso dos processos (art. 3º), inclusive com vedação da divulgação da imagem e informações pessoais do “menor” (parágrafo único, art. 3º); título II, sobre os princípios para aplicação da lei, como as diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, o contexto socioeconômico e cultural do “menor” e seus familiares e o estudo de cada caso por equipe técnica (art. 4º); título III, acerca das competências da autoridade judiciária, inclusive na edição e portarias e provimentos (art. 8º), o juiz de menores ou Juiz em comarca de Vara única (art. 6º), prevendo fiscalização dos magistrados para evitar abuso e desvio

³⁸⁰ CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Comentários ao art. 1º do ECA. In: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 18.

de poder (art. 7º); e título IV, sobre o funcionamento das entidades, públicas ou privadas, prestadoras do serviço de assistência e proteção ao menor (art. 9 a 12).

O título V, o maior de todos, estabelece sobre as medidas de assistência e proteção aplicáveis aos “menores”, subdividindo-se em outros seis capítulos com várias seções e subseções. Os temas abordados são: medidas aplicáveis pela autoridade judiciária (art. 13 a 16); colocação em lar substituto pela delegação do “pátrio poder”, guarda, tutela, adoção simples, adoção plena (art. 17 a 37); liberdade assistida (art. 38); casa de semiliberdade (art. 39); internação (art. 40 e 41); medidas aplicáveis aos pais ou responsável (art. 42), como a obrigação de submeter menor a tratamento (art. 43), a perda ou suspensão do “pátrio poder” e destituição da tutela (art. 44 e 45), a perda da guarda (art. 46), apreensão de objeto ou coisa (art. 47), medidas de vigilância e inspeção de estabelecimentos, como casas de espetáculos, hotéis e outros locais de recreação, como também produções culturais de entretenimento, como televisão e cinema (art. 48 a 58); a execução das medidas judiciais pelas Entidades de Assistência e Proteção ao Menor (art. 59 a 61); e autorização para viajar (art. 62).

O título VI estabelece as “infrações contra a assistência, proteção e vigilância a menores” (art. 63 a 74), como a divulgação de imagem sem autorização, hospedar menor de 18 anos desacompanhado, descumprir os deveres inerentes ao “pátrio poder” etc., prevendo a aplicação de penalidades (art. 75 a 79).

Por fim, o título VII estabelece regras para registro civil do “menor em situação irregular” (art. 80 a 82), e o título VIII prevê a edição de lei especial para a proteção ao trabalho do menor (art. 83).

Fica evidente, pela análise do livro I que, apesar de ser focado na trilogia menorista, o Código aborda temas que abrangiam todas as crianças, inclusive as que não estavam em “situação irregular”, como a regulação das medidas de vigilância e inspeção de estabelecimentos e de produções culturais, a autorização para viajar ou o estabelecimento de penas para infrações contra todas as crianças.

Na parte especial do livro II, sobre o funcionamento dos agentes e instituições do Sistema de Justiça, há a criação de três títulos: o título I, sobre o

processo (art. 84 a 87) e competência das ações (art. 88) e dos agentes da Magistratura (art. 89), Ministério Público (art. 90 a 92) e Procuradoria/Advocacia (art. 93); o título II, sobre os procedimentos especiais, relativos à verificação da situação do menor (art. 94 a 98), apuração da infração penal (art. 99 a 101), perda e suspensão do “pátrio poder” e da destituição da tutela (art. 104 a 106), adoção (art. 107 a 109), prevendo também penalidades administrativas (art. 110 a 114); e, por fim, o título III, sobre os recursos para os processos envolvendo os “menores” (art. 115 a 117) e as disposições finais, que vedavam a incomunicabilidade do “menor”, previa direito à assistência religiosa e aperfeiçoamento e especialização das autoridade e pessoal técnico (art. 118 a 123).

Contata-se que o Código de Menores de 1979 buscou uma especialização ainda maior das leis de proteção a crianças, mas sem abordar as questões estruturais a que elas e suas famílias estão submetidas; apenas prevendo os encaminhamentos para as crianças em conflito com a lei ou sem o cuidado parental, prevendo o funcionamento das instituições e agentes.

Ainda, é a família, especialmente a pobre, a penalizada com suspensão ou perda do poder familiar pela “falta, ação ou omissão” ou “manifesta impossibilidade” de prover o cuidado com relação à subsistência, saúde e educação. Há a prevalência de que pobreza é sinônimo de negligência parental, a qual deveria ser sanada pela destituição do poder familiar e encaminhamento da criança para internação, acolhimento, família substituta ou, até mesmo, adoção.

Como bem afirmam Irene e Irma Rizzini:

“A culpabilização da família pelo ‘estado de abandono do menor’ não foi uma criação da Política Nacional de Bem-Estar do Menor, engendrada nos primeiros anos da FUNABEM. As representações negativas sobre as famílias cujos filhos formavam a clientela da assistência social nasceram junto com a construção da assistência à infância no Brasil. A idéia de proteção à infância era antes de tudo proteção contra a família. Foi, sobretudo, a partir da constituição de um aparato oficial de proteção e assistência à infância no Brasil, na década de 1920, que as famílias das classes populares se tornaram alvo de estudos e formulação de teorias a respeito da incapacidade de seus membros em educar e disciplinar os filhos.”³⁸¹

³⁸¹ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 39.

Com relação aos encaminhamentos, processo e competência dos atores e instituições do Sistema de Justiça, há previsão de recursos, mas sem a necessidade de fundamentação do juiz, o que abria margem para grande discricionariedade e mitigação do direito do contraditório, pedra basilar em temas relativos à responsabilização infracional ou penal. Ainda sobre o direito de defesa da própria criança, especialmente para aquelas em conflito com a lei, a continuação da sobreposição do Ministério Público, ora figurando como curador, ora como promotor público, permite a prevalência do juízo estatal persecutório e sem as garantias de uma defesa parcial e individualizada.

Os termos “menores abandonados” ou “menores delinquentes” foram substituídos pelo novo termo, “menor em situação irregular”. Todavia, a visão e as práticas assistencialistas e correccionais, de arbitrariedade e repressão continuaram a existir, por meio da fiscalização e competências amplas, quase sem limitação da discricionariedade da chamada “autoridade judiciária”.

O Sistema de Justiça, liderado por juízes e promotores, era ainda o responsável por resolver todo o complexo problema da criança sem cuidado parental ou em conflito com a lei, seguindo a tradição colonial e imperial dos Juízes dos Órfãos ou da ação paternal e voluntarista republicana do juiz de menores, tendo a figura do Juiz Mello Mattos o ícone maior de referência.

A centralidade posta no Sistema de Justiça na resolução e encaminhamento desses casos permite a conclusão de que são as leis e os agentes de sua execução que devem dar conta da resolução de problemas sociais. Contudo, pela análise da própria história da execução dos institutos legais, fica evidente a necessidade de políticas estruturadas para dar efetividade às normas previstas e garantia aos direitos previstos.

1.7.4. As crianças da ditadura: tortura, sequestro e violência

Durante a ditadura civil-militar no Brasil, o Estado, suas instituições e seus agentes violaram, de forma massiva e sistemática, direitos humanos e fundamentais de cidadãos, especialmente daqueles considerados “subversivos” ou

adversários políticos do regime oficial. Tais práticas foram minuciosamente coletadas pelos trabalhos de investigação e reconstrução histórica da memória do período pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), instituída pela Lei 12.528 de 2011 com a finalidade de apurar violações de direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988.

Por meio de seus relatórios finais, ficou oficialmente comprovado no Brasil a autoria³⁸² de graves violações massivas e sistemáticas de direitos por parte de agentes do Estado brasileiro, como: as práticas de detenção (ou prisão) ilegal e arbitrária³⁸³; tortura³⁸⁴; execução sumária, arbitrária ou extrajudicial e outras mortes imputadas ao Estado³⁸⁵; desaparecimento forçado e ocultação de cadáver³⁸⁶; violência sexual e de gênero³⁸⁷.

Contudo, não só adultos foram vítimas dos crimes ditatoriais cometidos pelo Estado. Conforme registrado no Capítulo 10 da Parte III do Volume I do Relatório da CNV, crianças sofreram igualmente violências múltiplas. Os depoimentos coletados de hoje adultos relatam histórias de terror, sofrimento e trauma de suas infâncias:

“Um dos aspectos menos conhecidos do horror exercitado pela ditadura militar transparece nos relatos de crianças e adolescentes que, mesmo sem oferecer nenhum risco à dita “segurança nacional”, foram monitorados, perseguidos, presenciaram os pais sendo baleados, cresceram dentro de uma prisão ou foram surpreendidos com ações

³⁸² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da CNV**. Capítulo 16, Parte III. Volume I, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

³⁸³ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da CNV**. Capítulo 8, Parte III. Volume I, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

³⁸⁴ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da CNV**. Capítulo 9, Parte III. Volume I, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

³⁸⁵ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da CNV**. Capítulo 11, Parte III. Volume I, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

³⁸⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da CNV**. Capítulo 12, Parte III. Volume I, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

³⁸⁷ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da CNV**. Capítulo 10, Parte III. Volume I, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

violentas dentro da própria casa em que viviam crianças sofreram igualmente (...).³⁸⁸

São relatos de crianças que sofreram o terror e o sofrimento gerado por: invasão dos domicílios; trauma pelo exílio, banimento, necessidade de viver em clandestinidade ou sob constante vigilância; comparecimento forçado ao Departamento de Ordem Política e Social (DOPS); afastamento forçado ou morte de pais, familiares ou amigos. Segundo o referido relatório:

“Na narrativa dessas crianças e adolescentes, duas constantes: o medo, indiscernível para aqueles que eram jovens demais e, à época, com escassos recursos para assimilar o trauma como tal; e o silêncio, particularmente entre pais e filhos, perante a dificuldade daqueles que sofreram perseguição política em falar abertamente dos traumas sofridos. Dessa forma, é inquestionável que gerações foram caladas e ainda não conseguiram se fazer ouvir.”³⁸⁹

De forma ainda mais detalhada e específica, a Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva” coletou outros relatos de adultos do Estado de São Paulo que foram vítimas dos crimes da ditadura quando crianças, por meio do ciclo de audiências *Verdade e infância roubada*, as quais deram origem ao livro *Infância roubada, crianças atingidas pela ditadura militar no Brasil*.³⁹⁰

Segundo os 44 testemunhos colhidos, constatou-se que mulheres grávidas foram torturadas e que crianças: nasceram em cativeiros; foram mantidas em cárceres clandestinos; torturadas; ameaçadas de serem submetidas à tortura; retiradas forçadamente de suas famílias; impedidas de serem amamentadas; presenciaram o assassinato ou torturas de seus pais; foram impedidas de conhecerem seus pais; “fichadas” ou banidas como “subversivas”; sequestradas e encaminhadas para adoção ilegal.³⁹¹

Nas palavras de Edson Luis de Almeida Teles, com 4 anos quando vítima da ditadura, as lembranças desses crimes ainda são vivas e perturbadoras:

³⁸⁸ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da CNV**. Capítulo 10, Parte III. Volume I, 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

³⁸⁹ RIZZINI; RIZZINI, op. cit., p. 439.

³⁹⁰ SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva”. **Infância roubada, crianças atingidas pela ditadura militar no Brasil**. São Paulo: Alesp, 2014.

³⁹¹ Idem.

“(…) eu me lembro claramente de corpos torturados, marcados, rozeados, machucados. E a cena que mais me ficou presente foi o meu primeiro contato com a minha mãe. Parece que eu estava de costas para a janelinha de uma cela ou de um portão que tinha uma janelinha. Ela me chamou e eu, feliz da vida, reconheci a voz e me virei. Quando eu vi o rosto, eu não o reconheci. Ele já estava roxeado, desfigurado. E me causou um forte estranhamento porque eu pensei: “Quem é esta pessoa que tem a voz da minha mãe? Mais do que a voz, tem o jeito de se comunicar comigo que eu reconheço claramente, mas não é a minha mãe”. (...) O fato é que nós fomos levados para a presença dos pais torturados. E isso foi usado para que eles falassem e os militares obtivessem informações. Havia todo tipo de ameaças: “Vamos matar os seus filhos, vamos sequestrá-los.” (...) O próprio Coronel [Carlos Alberto Brilhante] Ustra, que comandava a instituição, o DOI-CODI, assumiu no seu livro [A Verdade Sufocada - A história que a esquerda não quer que o Brasil conheça] dizendo que estava fazendo um ato de benevolência com esses presos, levando seus filhos para visitar os pais.”³⁹²

Destaca-se também a pesquisa jornalística de Eduardo Reina, que em seu livro *Cativeiro sem fim* relata 19 casos de sequestros de crianças durante o regime ditatorial no Brasil por agentes do Estado, em especial a atuação de militares em casos relacionados à guerrilha do Araguaia durante o período de 1972 e 1974.³⁹³ Segundo os casos analisados e reconstruídos pelo livro, o sequestro de crianças consideradas “filhos de subversivos” ou “bebês malditos” resultava em adoções ilegais, práticas escondidas até hoje pelo Estado, suas instituições e seus agentes.

Por fim, faz-se fundamental registrar o massacre indígena perpetrado pelo Estado ditatorial. Conforme o volume 2 do relatório final pela CNV, estima-se que ao menos 8.350 índios, dentre eles inúmeras crianças, foram mortos entre 1946 e 1988. Além disso, em operações de expulsão, remoção e intrusão de territórios indígenas, crianças eram: sequestradas pela retirada forçada de suas famílias como prática sistemática de agentes do Estado³⁹⁴; amarradas³⁹⁵ em intervenções intensamente violentas; executadas³⁹⁶; submetidas ao trabalho

³⁹² Ibid., p. 257-258.

³⁹³ REINA Eduardo. **Cativeiro sem fim**: as histórias dos bebês, crianças e adolescentes sequestrados pela ditadura militar no Brasil. São Paulo: Alameda, 2019

³⁹⁴ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da CNV. Volume II, 2014, p. 207, 223-224. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

³⁹⁵ Ibid., p. 216.

³⁹⁶ Ibid., p. 218, 238.

escravo³⁹⁷; submetidas à exploração sexual³⁹⁸; privadas de acesso a serviços básicos de saúde³⁹⁹; e colocadas em cárcere privado⁴⁰⁰.

Em depoimentos prestados para o estudo entregue à CNV, mulheres e adultos que eram crianças à época nas aldeias Aikewara, relatam que operações militares em seus territórios resultaram na transformação das aldeias indígenas em campos de prisioneiros de mulheres e crianças indígenas, enquanto os homens foram forçados a guiar os militares nas expedições de captura dos guerrilheiros, por seu conhecimento das florestas da região. Segundo a pesquisa, esse período foi marcado “pela desorganização social e cultural profundas, fome intensa e, sobretudo, medo da morte impostos pelas forças repressivas que se revelaram traumáticos, com sequelas físicas e psicológicas como abortos [espontâneos], tuberculose pulmonar, surdez, pesadelos recorrentes, insônia, entre outros.”⁴⁰¹

Constata-se, portanto, que no período da ditadura civil-militar no Brasil, o Estado, além de propagar institucionalmente uma cultura repressiva e opressora por meio das políticas da Funabem e suas respectivas unidades da Febem, violou de forma grave, massiva e sistemática os direitos fundamentais de crianças, especialmente aquelas filhas de cidadãos considerados inimigos da ideologia do governo vigente.

Contudo, tais práticas despertaram igualmente na sociedade movimentos de contestação e oposição. Diante desse tratamento repressivo e violento que as crianças recebiam por parte do Estado, o movimento nacional pela proteção dos direitos da criança e do adolescente na década de 1980 se fortalece por meio de organizações da sociedade civil, como a criação da Pastoral da Criança pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em 1983, e o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMRR), em 1985.

³⁹⁷ Ibid., p. 225.

³⁹⁸ Ibid., p. 233.

³⁹⁹ Ibid., p. 230.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 246.

⁴⁰¹ Ibid., p. 246.

É importante registrar a pressão internacional exercida pela criação dos organismos e tratados regionais e internacionais de proteção aos direitos humanos, inclusive com menção e preocupação expressa aos direitos das crianças.

No âmbito regional do continente americano, destacam-se as seguintes criações: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969; Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo, em 1971; Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, de 1984; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985.

No sistema internacional de proteção aos direitos humanos, é fundamental ser registrado durante o período: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de 1979.

Contudo, contrariando a posição do Brasil de “precursor histórico do sistema pan-americano” e agente fomentador da criação de um órgão judicial internacional no continente americano e da própria ONU como organismo internacional de proteção aos direitos humanos, o governo ditatorial impossibilitou a adesão do Brasil a esses novos tratados de direitos humanos⁴⁰², o que foi retomado somente após o processo de redemocratização e a promulgação da nova Constituição de 1988, especialmente em 1992, durante o governo do Presidente Fernando Collor de Mello.

1.8. A Constituinte de 1987-1988

Com a crescente oposição civil ao governo militar pela reivindicação de eleições diretas pelo movimento Diretas Já, aliada à crise econômica e de

⁴⁰² VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria da Penha à Belo Monte. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL LIMITES E POSSIBILIDADES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO – IMPUNIDADE, DIREITOS E DEMOCRACIA. Porto Alegre, 2 abr. 2012. Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\)\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2)(1).pdf)>.

hiperinflação e a reforma política que pôs fim ao bipartidarismo, o regime ditatorial entra em colapso, possibilitando a eleição da chapa Tancredo Neves e José Sarney para a Presidência da República pelo Colégio Eleitoral em janeiro de 1985. Contudo, foi José Sarney que tomou posse interinamente do governo após a internação de Tancredo Neves, assumindo definitivamente a posição de Presidente em abril de 1985, após a morte de Tancredo.

Já em 28 de julho, Sarney encaminhou ao Congresso Nacional a emenda constitucional que convocava a Assembleia Nacional Constituinte, a qual foi aprovada em novembro, sob o número 26. Após as eleições de 15 de novembro de 1986, no dia 1º de fevereiro de 1987, foi instalada no Congresso Nacional, em Brasília, a Assembleia Nacional Constituinte que daria forma à Constituição de 1988 e, especialmente, ao Artigo 227, que reformulou por completo o entendimento com relação à criança, seus direitos e melhor interesse, tanto no âmbito jurídico e das instituições do Estado quanto na dimensão das relações sociais e familiares.

Antes mesmo da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente José Sarney já havia estabelecido em 1985 uma Comissão constitucional liderada pelo jurista Afonso Arinos para elaboração de um anteprojeto para uma nova Constituição.⁴⁰³

Com o início da Constituinte em fevereiro de 1987, um intenso processo de negociação política, debates ideológicos e disputadas se iniciaram para a construção dos textos de cada artigo da Constituição, por meio de um processo manual, presencial e caótico.

As ferramentas básicas para a organização dos novos textos eram baseadas em máquinas de escrever para as minutas iniciais e cola e tesoura para as emendas do texto ou definição da ordem de votações. Por isso, não é de se estranhar relatos de adulteração ou fraude, conforme citados no livro de Adriano Benayon, como, por exemplo, a inclusão pelo então parlamentar do PMDB-RS Nelson Jobim de uma norma acerca das diretrizes orçamentárias do plano plurianual sem a devida

⁴⁰³ ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da constituinte: do autoritarismo à democratização. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 88, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452013000100004&script=sci_arttext>.

votação.⁴⁰⁴

Assim, os dados acerca do processo constituinte são reveladores: foram 559 parlamentares constituintes, dos quais cinco morreram e 29 foram substituídos durante o processo; 612 dias de trabalho; 62 mil emendas propostas ao texto do anteprojeto; cinco rodadas completas de votação apenas no plenário; e 132 cargos de presidentes, vice-presidentes e relatores de subcomissões.⁴⁰⁵

Segundo o parlamentar constituinte César Maia, em entrevista dada à época, “esse modelo de criação constitucional, único no mundo, garantiu que cada parlamentar e cada bloco pudessem apresentar suas propostas e deu grande legitimidade ao processo”⁴⁰⁶.

Dessa forma, constata-se que o texto da nova Constituição foi fruto de um intenso trabalho de negociação diante dos embates de diferentes interesses representados por parlamentares ou, ainda, manifestados por meio do *lobby* de diversas instituições, organizações ou segmentos da sociedade, como movimentos sociais, indústria e empresariado.

Como fundamental mediador e negociador político, destaca-se a figura de Ulysses Guimarães, o “ex-senhor Diretas”, e o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, o qual, com 71 anos de idade e muita experiência política, exercia grande fascínio sobre os parlamentares e conseguia, dessa forma, realizar acordos e solucionar impasses no âmbito da Constituinte.⁴⁰⁷

Por fim, ressalta-se que a Constituinte foi um fórum composto por uma ampla diversidade de opiniões e “grandes debates” negociados de forma exaustiva, o que, nas palavras da deputada constituinte Benedita da Silva, do PT-RJ, “permitiu escrever a Constituição mais avançada a que se poderia chegar no Brasil”.

Ou seja, o texto da Constituição de 1988, mesmo que contraditório, redundante ou lacunar, representa mais as tensões político-sociais da época do que

⁴⁰⁴ NOVO ministro da Defesa fraudou a Constituição em 1988. **Jornal Brasil de Fato**, de 16 a 22 ago. 2007. Disponível em: <http://issuu.com/brasildefato/docs/bdf_233/6>.

⁴⁰⁵ GOMES, Marcos Emilio (Coord.). **A Constituição de 1988, 25 anos**. Rio de Janeiro: Instituto Vladimir Herzog, 2013, p. 139-140.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 142.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 150.

a sistematização clara e objetiva das normas jurídicas existentes ou do estado da natureza das coisas, uma vez que tais estados, suas definições jurídicas e sociais estavam em disputa pelos diferentes interesses e posicionamentos, como será observado na análise específica dos artigos 226 e 227, ambos fundamentais para o entendimento do novo conceito de família, seus poderes e responsabilidades, e os deveres do Estado, sociedade e famílias para com as criança, seus direitos e melhor interesse.

1.8.1. O art. 226 da Constituição Federal de 1988

O art. 226 foi elaborado na Constituinte pela Subcomissão de Família, do Menor e do Idoso, presidida pelo parlamentar constituinte Nelson Aguiar e como relator o parlamentar Eraldo Tinoco, votados e eleitos pela Subcomissão em sua primeira reunião, realizada no dia 7 de abril de 1987.⁴⁰⁸

Suas palavras de abertura são importantes, pois revelam a tônica das discussões que se seguiriam:

“Esta Comissão é a mais bonita da Constituinte, e esta Subcomissão tenho a certeza, está ultimando a realização deste trabalho sem conflito, sem choque, colocando o interesse maior da elaboração constitucional acima dos interesses pessoais. Temos sabido das dificuldades, até tumulto, que vêm ocorrendo em todas as Subcomissões e Comissões. Aqui, não poderia ocorrer porque esta é a Comissão da Família e temos, com muita gratidão para nosso coração, a presença de três senhores, o que vai dar um conteúdo, não um colorido, mas um conteúdo muito especial aos trabalhos. Temos a presença, também, de quatro irmãos evangélicos. Pastores, inclusive, que vêm trazer também a sensibilidade dos seus conhecimentos cristãos e ajudar muito. Trarão para cá, naturalmente os seus conceitos de família, principalmente da família monogâmica, que encontramos nas Escrituras Sagradas, e que representam, segundo o nosso conhecimento, o nosso aprendizado no Livro Santo, a mais antiga instituição da Humanidade, a família, instituição divina, segundo as Escritas Sagradas. Devemos zelar por ela e temos oportunidade de trabalhar neste objetivo. Tenho a certeza de que vamos trabalhar muito e bem.”⁴⁰⁹

Após um longo debate acerca do funcionamento e dos procedimentos da

⁴⁰⁸ 1^A REUNIÃO DA SUBCOMISSÃO DA FAMÍLIA, DO MENOR E DO IDOSO. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Congresso Nacional, p. 1.

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 2.

Subcomissão durante a 2ª reunião, os debates materiais se iniciaram durante a 3ª reunião, realizada em 13 de abril de 1987, na qual o relator sugeriu nove temas a serem abordados pela Subcomissão:

“1) natureza da sociedade conjugal; 2) planejamento familiar; 3) dissolução da sociedade conjugal; 4) proteção à gestante, à mãe e à família; 5) proteção e assistência ao menor; e 6) sistema de adoção; 7) exercício do pátrio poder; 8) responsabilidade penal do menor; 9) Proteção ao idoso. São meras sugestões.”

Importante ressaltar que a Subcomissão teve uma grande preocupação em ouvir a opinião de representantes da sociedade, motivo pelo qual na 4ª reunião foi convidada a presidente do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Comba Marques Porto, para debater sobre a natureza da sociedade conjugal. Apresentando à Subcomissão a *Carta das Mulheres aos Constituintes*, Comba afirmou a necessidade de igualdade entre os cônjuges e que:

“Não obstante as conquistas na jurisprudência e a tendência da moderna doutrina no sentido de ampliar o conceito de família, ainda são muitos os entraves para que, na prática, seja eliminado o tratamento desigual. Tome-se como exemplo o fato de que, para obter a referida partilha dos bens, a companheira tem de enfrentar uma ação judicial que dificilmente dá a vitória às mulheres que não conseguem provar sua efetiva contribuição financeira para a aquisição do patrimônio comum ao casal. Urge que a norma constitucional crie um novo patamar, aproximando o direito das transformações sociais ocorridas.”⁴¹⁰

Dessa forma, os debates foram se realizando ao longo das reuniões, por meio de audiências públicas acerca das temáticas elencadas pelo relator, com a participação de representantes da sociedade escolhidos e convidados pelos parlamentares da Subcomissão. Além disso, por meio do Projeto Constituinte foram colhidas 12.520 sugestões acerca de temas como a constituição da família, de seus direitos e de seus integrantes, da adoção, da mortalidade infantil, do planejamento familiar, entre outros.

Assim, durante a 18ª reunião, foram intensamente discutidas e posteriormente votadas as quase 200 emendas apresentadas ao texto proposto pelo

⁴¹⁰ Ibid., p. 25.

relator. Posteriormente, o texto final foi enviado à Comissão de Sistematização para ser, ainda, votado em Plenário.

Como resultado final de todo o debate travado no interior da Constituinte acerca da regulação constitucional da família, seus direitos e deveres, observa-se que o processo constituinte possibilitou um amplo e rico debate sobre as possibilidades na transformação do conceito normativo de família e sua regulação, especialmente no que tange o papel da mulher como cônjuge e a proteção de seus direitos de forma mais igualitária, especialmente pela adoção do § 3º do art. 226, que reconheceu a união estável como entidade familiar e do § 5º do mesmo artigo, o qual consolidou o entendimento da igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal.

Houve também a superação da indissolubilidade do casamento pela previsão no § 6º da dissolução pelo divórcio e o respeito ao direito do casal no planejamento familiar, de forma livre e sem intervenções ou coerções por parte de instituições oficiais ou privadas, por meio do § 7º, o qual igualmente referiu-se explicitamente ao princípio da paternidade responsável.

Constata-se que no texto final da Constituição de 1988 o conceito de família ganhou uma amplitude maior ao se considerar, conforme o § 4º, também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, assegurando o direito, especialmente de mães e pais solteiros, na criação e cuidado de seus filhos. Por fim, no § 8º foi reconhecida a necessidade de assistência à família e seus integrantes, especialmente para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Constata-se que o art. 226 da Constituição Federal de 1988 apresenta a consolidação do conceito de família como instituição social, “base da sociedade”, permitindo, assim, assistência e proteção estatal coletiva dessa instituição e de seus integrantes, inclusive contra violência no âmbito de suas relações. Mais do que regular a relação marital dos cônjuges e de seu patrimônio, a Constituição de 1988 foi além, assegurando direitos fundamentais aos seus integrantes, permitindo que o núcleo familiar e suas dinâmicas estivessem no centro das preocupações do Estado.

A Assembleia Nacional Constituinte que deu origem ao art. 226 foi um grande esforço, no sentido de negociar e acomodar os interesses e posicionamentos do Direito já positivado no Código Civil de 1916, da prática jurídica realizada e, igualmente, das demandas sociais crescentes na transformação da sociedade conjugal em um ambiente com direitos e deveres mais igualitários.

Entende-se, portanto, que houve um significativo avanço na regulação jurídica das dinâmicas familiares com a Constituição de 1988, o que ensejou, inclusive, a revogação de alguns dispositivos do Código Civil, culminando em sua reformulação em 2002.

1.8.2. A gênese do Artigo 227 da Constituição Federal de 1988

Acerca do desenvolvimento histórico da proteção jurídica dos direitos da criança no Brasil, a Doutrina jurídica considera, conforme já visto, que o tratamento normativo desses direitos de forma específica pode ser dividida em três fases: (i) Direito Penal do Menor; (ii) Situação Irregular; e (iii) Doutrina da Proteção Integral e Prioritária, a qual iniciou-se com a promulgação da Constituição Federal 1988 e, especificamente, com a adoção do Artigo 227.⁴¹¹

Motivados pela redemocratização e pela possibilidade de criar novos paradigmas jurídicos por meio do processo Constituinte, diferentes setores sociais se organizaram para representar seus interesses e visões, atuando como verdadeiros grupos de interesse e pressão.

Com relação à defesa dos direitos e interesses de crianças, duas iniciativas simultâneas e complementares foram criadas no sentido de garantir a presença das crianças na nova e nascente Constituição: Criança e Constituinte, uma comissão nacional interministerial sob coordenação do Poder Executivo, com participação de organizações da sociedade civil; e Criança, Prioridade Nacional, um movimento liderado por agentes e organizações e agentes da sociedade civil, como a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, a Confederação

⁴¹¹ PEREIRA, 2008, p. 12.

Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a Sociedade Mineira de Pediatria (SMP).

A comissão intitulada Criança e Constituinte foi criada por meio da Portaria n. 449 de 18 de setembro de 1986, assinada de forma conjunta pelos ministros da Educação Jorge Bornhausen e da saúde Roberto Santos, com o objetivo de preparar propostas para à Constituinte concernentes às crianças e analisar, avaliar e debater com os parlamentares constituintes.

Conforme designada pela própria Portaria, fizeram parte da Comissão os seguintes integrantes: Vital Didonet e Lutero Oliveira Rosa, pelo Ministério da Educação; Eni Maria Monteiro Barbosa e José Amaral Sobrinho, pela Secretaria de Planejamento da Presidência da República; Maria do Carmo Duarte, pelo Ministério da Justiça; Ana Virgínia Fernandes de Medeiros e Carmem Maria Craidy, pelo Ministério da Previdência e Assistência Social; Maura Amaral Ponseca e Stella Maria Barbosa de Araújo, pelo Ministério do Trabalho; Zuleica Portela Albuquerque e Clara Alcione Lindinger, pelo Ministério da Saúde; José Maria Bezerra de Paiva e Magnus Pereira, pelo Ministério da Cultura; Ramon Leon, pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef); Marcia Mendes Mamede pela Organização Mundial de Educação Pré-Primária (Omep); Ana Maria pela Comissão Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM); Armando Rollemberg pela Federação Nacional Dos Jornalistas (Fenaj); Navantino Alves Filho pela Sociedade Brasileira De Pediatria (SBP); Guaracy Da Silva Freitas e José Luiz Barbosa Clerot, pela Ordem Dos Advogados Do Brasil (OAB); e Hélio Augusto de Souza e Paulo de Tarso Moreira Marquez, pela Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança.⁴¹²

A Comissão Nacional teve como coordenador o educador e professor Vital Didonet⁴¹³, na época integrante do Ministério da Educação e coordenador do Setor de Educação Pré-escolar (Sepre). Ao invés de pensarem e articularem

⁴¹² BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria Geral. **Portaria n. 449 de 18 de setembro de 1986**. Diário Oficial da União, Seção 2, p. 21. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/3594807/pg-21-secao-2-diario-oficial-da-uniao-dou-de-30-09-1986>>.

⁴¹³ Como forma de coletar mais informações sobre a atuação da Comissão Nacional Criança e Constituinte, foi realizada uma entrevista com metodologia semiestruturada com Vital Didonet em 27/1/2019.

somente no âmbito da própria Comissão Nacional, o grupo adotou uma estratégia de escuta e mobilização ampla em todo território nacional, para que houvesse um olhar abrangente das realidades das infâncias brasileiras, conforme explicitado por Vital Didonet:

“Esse grupo pensou o seguinte: nós não vamos fazer um documento prévio pra Constituinte. Nós vamos é debater o assunto da criança na sociedade e vamos levantar sentimentos, opiniões, pensamentos, ansiedades, angústias, sonhos e desejos da sociedade, nos diferentes campos de atuação, em todas as áreas. Então, vamos propor que aquilo que existe no âmbito Federal, aconteça nos Estados. Então, fizemos um movimento em que todos os estados fizeram suas Comissões Estaduais Criança e Constituinte. E nós tínhamos um contato constante com essas comissões.”⁴¹⁴

Transformando-se em um verdadeiro movimento nacional, capilarizado e com ampla participação civil nos estados e municípios, a Criança e Constituinte, nas palavras de Munir Cury, é “uma efervescente mobilização nacional de entidades da sociedade civil e milhões de crianças”⁴¹⁵, por meio de debates nas universidades, grupos de estudo, marchas e diversas outras iniciativas.

Como iniciativa fomentada pela Comissão Nacional, foram realizadas dentro de diversas escolas discussões diretamente com crianças sobre o conceito e utilidade de uma Constituição e do significado de direitos e deveres constitucionais, uma ideia inspirada na pedagogia democrática de Janusz Korczak⁴¹⁶, pedagogo polonês que discutia e conformava o regimento de suas instituições escolares em conjunto com as próprias crianças.

Assim, para além do objetivo pragmático de conceber um texto para a nova Constituição, Didonet compreende que essa mobilização nacional tinha também o intuito de trazer o debate sobre a criança e sociedade e, ainda, modificar a imagem e a representação social da criança durante as discussões realizadas neste período, buscando abandonar a visão menorista e negativa

⁴¹⁴ Anotações pessoais, entrevista com Vital Didonet em 27/1/2019.

⁴¹⁵ CURY; AMARAL E SILVA, 2010, p. 18.

⁴¹⁶ Anotações pessoais, entrevista com Vital Didonet em 27/1/2019.

vigente até então, “começando a falar mais sobre o potencial dessas crianças, que é força pela qual ela vai ser inserida na sociedade”⁴¹⁷.

Didonet esclarece que as discussões e aprofundamentos realizados no âmbito da Comissão Nacional estavam em ampla sintonia com as discussões mundiais sobre o desenvolvimento infantil – especialmente das então recentes discussões sobre neurologia e dos avanços dos estudos da pediatra e psicanalista francesa Françoise Dolto – e sobre os direitos da criança, com forte influência das discussões no âmbito das Nações Unidas de um novo Tratado Internacional sobre os direitos de crianças, notícias estas trazidas especialmente pelos representantes da Unicef no Brasil.⁴¹⁸

Como afirma Esther Arantes, a participação dos atores e organizações da sociedade civil foi essencial para a incorporação dos debates e conhecimentos disponíveis à época sobre desenvolvimento infanto-juvenil, educação, promoção e proteção de direitos, especialmente como forma de oferecer alternativas aos modelos punitivistas e repressores dispensadas às crianças nas instituições de acolhimento ou justiça juvenil.⁴¹⁹

Após a realização de um Seminário Nacional pela Comissão Nacional, em que cada Comissão Estadual trouxe suas propostas para o debate conjunto em plenário, a Comissão Nacional ficou responsável por realizar uma proposta de síntese, elaborada em conjunto com um grupo de trabalho de assessoria de redação da Constituinte, dentro da reitoria da Universidade Nacional de Brasília (UNB), resultando no chamado “livrinho azul”, oficialmente chamado *Constituinte, lute por mim. A criança e o adolescente: propostas para a Assembleia Nacional Constituinte*, com propostas amplas e holísticas sobre as diferentes dimensões da realidade da criança.⁴²⁰

Após validação com as Comissões Estaduais, as propostas foram apresentadas e debatidas junto aos parlamentares Constituintes. Importante

⁴¹⁷ Idem.

⁴¹⁸ Idem.

⁴¹⁹ ARANTES, Esther. Rostos de crianças no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.) **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2009, p.196-197.

⁴²⁰ Idem.

registrar a importância da articulação feita com a imprensa, por meio de manchetes e capas de revista, que começou antes mesmo dos trabalhos oficiais das Constituintes, durante as eleições de seus representantes, para que a sociedade votasse em candidatos sensíveis às pautas da infância e adolescência.⁴²¹

A Comissão Nacional, conforme relatam os jornais da época, organizou igualmente a participação direta das crianças no contato e sensibilização dos parlamentares constituintes, demandando que seus direitos fossem considerados na nova Constituição: “O auditório Petrônio Portela do Senado foi palco ontem de atuação do maior lobby já surgido na Assembleia Nacional Constituinte. (...) Olhos de jaboticaba, roupa visivelmente preparada para a grande ocasião, um jeito todo especial de acomodar-se na cadeira. Maria Quitéria Mendes era uma das mais atentas lobistas. Não queria perder nada. Afinal, era a primeira vez que não só vinha ao Congresso, como ao próprio Plano Piloto. Aos 10 anos, cursando a terceira série, ela foi uma das 580 crianças da Escola-Classe 46 da Ceilândia que foram ao Congresso.”⁴²²; “Na proposta apresentada ontem, reivindicaram o amparo da lei para crianças e adolescentes, assegurando-lhes condições à vida e ao seu pleno desenvolvimento.”⁴²³

Enquanto a Comissão Nacional Criança e Constituinte, sediada no âmbito do Poder Executivo, desenvolvia seus trabalhos de articulação e mobilização, um outro movimento foi constituído. Protagonizado por organizações e lideranças da sociedade civil, organizados pela Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, buscaram igualmente engajar diversos setores para a garantia da centralidade da criança, seus direitos e melhor interesse no âmbito constitucional.

Mesmo antes das eleições dos constituintes, o grupo esboçava suas primeiras articulações por meio do IV Congresso O Menor na Realidade Nacional, realizado em Brasília, entre 21 e 25 de outubro de 1986, e promovido pela Frente, cuja liderança era feita pelo cientista político Deodato Rivera. Por

⁴²¹ Anotações pessoais, entrevista com Vital Didonet em 27/1/2019.

⁴²² CONSTITUINTE tem lobby de criança. **Correio Braziliense**, Brasília, n. 8756, p. 17, 1 maio 1987.

⁴²³ *Ibid.*, p. 5.

meio da chamada “Carta à Nação Brasileira”, o grupo solicitou aos novos constituintes a adoção de nove princípios relativos às crianças:

“Considerando que o maior patrimônio de uma Nação é o seu povo, e o maior patrimônio de um povo são as suas crianças e jovens, proclamamos à consciência da Nação Brasileira como um todo, e dos legisladores constituintes em particular, os seguintes princípios: Primeiro, que a NOVA Carta incorpore e consagre os princípios da Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, com o voto do Brasil, em 20 de novembro de 1959, assim como estabeleça as garantias de sua plena vigência em nosso País. Segundo, que o direito inalienável da cidadania, em suas dimensões civil, política e social, seja efetivamente ampliado e garantido a todas as crianças e jovens, enquanto credores de compromissos, responsabilidades, deveres e obrigações por parte do Estado e da Sociedade. (...) Sexto, que seja consagrado na nova Carta, como direito de todas as crianças e jovens, o acesso às políticas sociais básicas de educação, saúde, alimentação, habitação, transporte, lazer e cultura – e, na idade e em condições convenientes, também o trabalho. (...)”⁴²⁴

Com forte apoio da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), da OAB e da SMP, o grupo mobilizou diversas instâncias institucionais para a garantia de um novo paradigma jurídico para crianças no Brasil.

Como o processo constituinte previa a apresentação de emendas de iniciativa popular, tanto a Comissão Nacional Criança e Constituinte quanto o movimento organizado pela Frente apresentaram emendas populares, nomeadas respectivamente de Criança e Constituinte e Criança, Prioridade Nacional. Após um intenso processo de mobilização social impulsionado pela especial articulação das comunidades católicas e da Pastoral da Criança, com a participação inclusive das crianças em suas escolas e comunidades, ambas as emendas obtiveram o número de assinaturas necessário, 30 mil, para que pudessem integrar oficialmente as discussões da Constituinte.

Após as emendas serem aceitas e incorporadas pela Constituinte, ambas foram encaminhadas para a Subcomissão encarregada de analisar o tema da família, a qual igualmente debateu o tema da proteção e do cuidado com a criança na Constituição.

⁴²⁴ RIVERA, Deodato (Org.). **Brasil criança urgente**: a lei. São Paulo: Columbus, 1990 (Coleção Pedagogia Social, v. 3).

Assim, durante as audiências públicas realizadas pela Subcomissão, diversos representantes da sociedade civil, como da Pastoral do Menor e da Comissão Criança e Constituinte, debateram temas relacionados à proteção da criança no Brasil, como a proibição do trabalho infantil, o direito universal à educação de todas as crianças, da criança em conflito com a lei e inimizabilidade penal dos menores de 18 anos.

A fala da representante da Funabem, Marina Bandeira, sintetiza o que se almejava da Subcomissão concernente à proteção da criança:

"Afinal, o que desejamos é cidadania para todos, e a lei especial que disporia sobre o Código das Crianças e dos Adolescentes, com fixação dos seus direitos essenciais, respeitados os princípios, desde já vigentes, consagrados nesta Subcomissão."⁴²⁵

Muitos relatos foram trazidos acerca das crianças em situação de rua ou que viviam em miséria e pobreza, como forma de sensibilizar os Constituintes a uma legislação mais projetiva possível, como a fala da representante das instituições Embaixada da Paz e Movimento de Meninos e Meninas de Rua, Sra. Bárbara:

"Nós gostaríamos de falar algumas palavras dirigidas ao Presidente da Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, ao Presidente da Mesa, Constituinte Nelson Aguiar, e a todos Parlamentares presentes. Neste pedaço de rua, nesta placa de asfalto, está impresso o desejo das crianças que sobrevivem nas calçadas, esquinas, marquises, becos e galerias. Sobrevivem a uma guerra covarde onde estão sendo usadas as piores armas, os misseis da fome e da doença, as granadas da violência física e moral, a bomba atômica do crime e das drogas. A Embaixada da Paz vem em missão diplomática sugerir que se assine, nesta Constituição, um tratado perpétuo de paz, entre o Brasil e as suas crianças que estão na miséria. Estamos, aqui, para dizer que é possível acabar com essa guerra se, nesta Constituição, as palavras forem garantidas por medidas de punição aplicáveis a Governos infratores e negligentes; se as palavras desses meninos e meninas inspirarem àqueles que, pelo voto popular, adquiriram a honra e o dever de elaborar a Carta Magna de nosso País. Essa guerra pode acabar, se todos nós quisermos!"⁴²⁶

⁴²⁵ Ibid., p. 151.

⁴²⁶ Ibid., p. 154.

Contudo, a pressão de parlamentares críticos ao modelo garantista da nova Constituição ameaçou a inclusão de direitos sociais ou específicos a determinados grupos sociais, inclusive os direitos das crianças que estava então disperso em cerca de 40 artigos, o que fez com que um grupo – liderado por Deodato Rivera, da FNDCA, Antonio Carlos Gomes da Costa, da Unicef, Antonio Fernando do Amaral e Silva, desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e Benedito Rodrigues dos Santos, do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua – se organizasse por solicitação do parlamentar Bernardo Cabral (PMDB/AM), para elaborar uma proposta que condensasse em um único artigo todas as disposições relativas às crianças.⁴²⁷

Inicialmente, a proposta apresentada como Substitutivo n. 1 da Comissão de Sistematização em 26 de agosto de 1987, tinha o seguinte texto: “É dever do Estado e da sociedade proteger o menor, assegurando-lhe os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização e à convivência familiar e comunitária bem como à assistência social e à assistência especial, caso esteja em situação irregular, garantindo ao menor infrator ampla defesa”⁴²⁸.

Contudo, já no segundo Substitutivo, apresentado em 18 de setembro de 1987, o texto foi intensamente modificado por emendas de 19 Constituintes⁴²⁹ – especialmente pela retirada do termo “menor”, pela menção à família e pela importante inclusão do conceito da “absoluta prioridade” –, já contendo as linhas finais do que viria a ser o Artigo 227.⁴³⁰

Assim, pela concentração dos direitos das crianças em um artigo, tanto a Comissão Nacional Criança e Constituinte quanto o movimento Criança, Prioridade Nacional somou-se na demanda pela aprovação do referido texto. Em maio de 1988, uma Carta Aberta aos Constituintes foi elaborada pela Comissão

⁴²⁷ MARTINS, José Pedro Soares. Prioridade para infância e adolescência, dever do Estado e da sociedade (DDHH Já – Dia 88, Art.29). **Agência Nacional de Notícias - ASN**, 31 mar. 2019. Disponível em: <<http://agenciasn.com.br/arquivos/15561>>.

⁴²⁸ LIMA, João Alberto de Oliveira. **A Gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 356. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>>.p. 356.

⁴²⁹ Carta aberta aos constituintes, maio de 1998. **Cartilha Prioridade Nacional**, Fórum Nacional Permanente de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Acervo pessoal de Vital Didonet.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 356.

Nacional e Comissões Estaduais Criança e Constituinte e pelo Fórum Defesa da Criança e do Adolescente do Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais:

“Ao aproximar-se a votação do Capítulo VII, do título VIII, da Ordem Social, no qual se concentram os dispositivos sobre a criança e o adolescente, pedimos atenção e o empenho de Vossas Excelências para a aprovação do texto consensual resultante da fusão do Projeto, do Substitutivo e de emendas de 19 Constituintes, o qual reúne o mais amplo espectro de direitos. É importante que essa causa – que transcende barreiras ideológicas e partidárias – alcance o maior número de votos no Plenário. (...) Com essa decisão histórica, a Assembleia Nacional Constituinte estará criando um instrumento jurídico fundamental para reconhecer a criança e o adolescente como PRIORIDADE NACIONAL.”⁴³¹

Em momento estratégico, na época em que o Artigo 227 seria votado pelo Plenário da Constituinte, uma ação de mobilização histórica foi realizada, com apoio do governador do Distrito Federal, José Aparecido, e do chefe da Casa Civil, Rui de Almeida. O Congresso Nacional foi cercado por centenas de crianças, em uma espécie de abraço coletivo, enquanto outras com carrinhos de supermercado entregavam aos deputados e senadores as quase 2 milhões de assinaturas coletadas durante as mobilizações para as emendas populares. Foi nesse momento que Ulysses Guimarães teria dito: “Deixai vir a mim as criancinhas”.⁴³²

Aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte em 22 de setembro de 1988, o texto final do Artigo 227 foi, assim, fruto de uma intensa participação e articulação da sociedade civil e dos Ministérios do Governo Federal, em um trabalho conjunto e próximo aos Constituintes eleitos, com destaque para a deputada Rita câmara (PMDB/ES) e o senador Mário Covas (PMDB/SP).⁴³³

Promulgada em 5 de outubro de 1988, a nova Constituição Federal de 1988, nas palavras de José Afonso da Silva:

⁴³¹ Carta aberta aos constituintes, maio de 1998. **Cartilha Prioridade Nacional**, Fórum Nacional Permanente de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. Acervo pessoal de Vital Didonet.

⁴³² MARTINS, José Pedro Soares. Prioridade para infância e adolescência, dever do Estado e da sociedade (DDHH Já – Dia 88, Art.29). **Agência Nacional de Notícias - ASN**, 31 mar. 2019. Disponível em: <<http://agenciasn.com.br/arquivos/15561>>.

⁴³³ Idem.

“assume a condição de instrumento de realização dos direitos fundamentais do homem. Albergam suas normas as fontes essenciais do novo constitucionalismo. Feita com alguma influência das Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, fecundou-se no clima da alma do povo, por isso não se tornou, como outras, uma mera constituição emprestada ou outorgada. Não tem cheiro de Constituição estrangeira como tinham as de 1891 e 1934. Não nasceu de costa virada para o futuro, como a de 1946, nem fundada em ideologia plasmada no interesse de outros povos como foi a doutrina de segurança nacional, princípio basilar das Constituições de 1967-1969. Algumas das Cartas Políticas anteriores só têm nome de constituição por simples torção semântica, pois não merecem essa denominação, só de si, rica de conteúdo éticovalorativo. Não é constituição, como repositório dos valores políticos de um povo, documento que não provenha do fundo da consciência popular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica nacional.”⁴³⁴

Ressalta-se, ainda, que além do Artigo 227, outros quatro artigos constitucionais abordam o tema da proteção da criança e do adolescente de forma mais específica; os artigos 230 e 204, sobre a assistência social, o art. 228, que define a inimputabilidade penal do menor de 18 anos, e o art. 229, que reforça o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, ao mesmo tempo em que define o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Por meio da análise do histórico das Constituições brasileira e, especialmente, do processo da Assembleia Nacional Constituinte que originou a Constituição de 1988, constata-se que os textos, conteúdos e significados dos artigos 226 e 227 foram frutos de uma intensa elaboração e participação de diversos interesses e posicionamentos da sociedade, por meio da articulação e pressão política direta ou, ainda, por meio da representação dos parlamentares constituintes de diferentes ideologias.

Pela análise dos anais da Assembleia Nacional Constituinte e dos pronunciamentos e entrevistas dos parlamentares envolvidos, além da entrevista realizada para a presente tese com Vital Didonet, resta claro que o Artigo 227 foi cunhados após um intenso período de debates profundos em diversos setores da

⁴³⁴ SILVA, José Afonso da. O processo de formação da Constituição de 1988. In: SENADO FEDERAL. **A Gênese do texto da Constituição de 1988**. Brasília, 2013, p. xix. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>>.

sociedade e em todo território nacional, em um esforço histórico de articulação e mobilização, inclusive das próprias crianças.

Percebe-se que o tratamento dado à família e às crianças ganhou um caráter mais coletivo, recebendo, assim, uma proteção mais ampla e difusa por parte do Estado. Nesse sentido, o regramento e as normas regentes do universo familiar e da relação do Estado, sociedade e família com as crianças estão sujeitas não mais somente à esfera privada do Direito Civil de Família, como também a uma lógica de coletivização e proteção especial estatal dos direitos fundamentais de determinados grupos, coletividades ou indivíduos.

A família é vista, então, pela Constituição de 1988 como instituição social, base de toda sociedade e, portanto, passível de regulação e proteção de suas relações e dinâmicas por parte do Estado, como forma, inclusive, de assegurar outros direitos e equilibrar relações, como no caso do papel da mulher na sociedade conjugal.

Destaca-se que a elaboração do Artigo 227 foi uma inequívoca conquista histórica de uma ampla participação da sociedade civil e uma verdadeira ruptura com a visão e o tratamento em relação à criança brasileira até então, iniciando uma nova e importante fase, na qual a criança não é somente vista como objeto de proteção ou assistência por parte do Estado, mas tem reconhecido seu *status* de titular de direitos fundamentais e sujeito de direitos com maior vulnerabilidade e, por isso, carente de proteção e cuidado especiais.

Além disso, como um verdadeiro norte normativo do funcionamento das relações estatais, sociais e familiares, estabeleceu-se que os direitos fundamentais de crianças sejam assegurados com absoluta prioridade, ou seja, colocado em primeiro lugar em todas as preocupações de todos os entes e em todas as esferas familiares, sociais e estatais.

Por fim, importante ressaltar que a aprovação do Artigo 227 abriu caminho para que novas conquistas no âmbito dos direitos da criança fossem possíveis, como: a ratificação pelo Estado brasileiro pelo Decreto nº 99.710/90 em 24 de setembro de 1990 da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, aprovada em 20 de novembro de 1989 pela Assembleia Geral da ONU; e a

elaboração e aprovação da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, estabelecendo o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A história das crianças, seus direitos e melhor interesse nunca mais foi a mesma após a elaboração e aprovação do histórico e fundamental Artigo 227, uma verdadeira pedra fundamental do Direito da Criança no Brasil; um projeto de sociedade e país, ainda que até hoje inconcluso, conquistado pela comunidade social brasileira e por todos os cidadãos que se engajaram nessa luta social histórica, inclusive as próprias crianças que, apesar de privadas do direito ao voto, foram ouvidas de forma contundente pela primeira vez na história do Brasil.

1.9. Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 e outras influências internacionais

Certamente, o maior marco legal dos direitos da infância no âmbito internacional é a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), adotada pela ONU em 1989, representando atualmente o Tratado Internacional com maior ratificação de Estados-membros da ONU: todos os países, com a exceção dos Estados Unidos.⁴³⁵

A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança tornou-se o ponto de partida fundamental da argumentação sobre o assunto, não somente no âmbito estatal e de direito internacional público, como também para toda a sociedade: representa um marco ético-orientador sobre crianças.⁴³⁶

Em 1978, o governo polonês apresentou uma proposta formal perante a 34ª sessão da Comissão dos Direitos do Homem das Nações Unidas, para que a ONU adotasse um tratado internacional vinculante normativamente sobre o Direito das Crianças, pois até então os documentos internacionais que reconheciam os direitos da criança, apesar de terem peso moral considerável na promoção desses direitos, não possuíam força de normativa de direito internacional público.⁴³⁷

⁴³⁵ Ratificações da Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx>

⁴³⁶ SURALL, 2009, op. cit. p. 74.

⁴³⁷ Cf. HAMMARBERG, T (1992), Making Reality of the Tights of Child Lectures, Part 2, Ghent: Children's Rights Centre.

A proposta polonesa nas Nações Unidas, entretanto, recebeu críticas, especialmente quanto a linguagem e omissão em relação aos mecanismos de aplicação da futura Convenção, o que dificultou a ideia inicial de aprovar o texto logo em 1979, ano instituído pela ONU como ano internacional da criança. No entanto, em 1979 foi criado um Grupo de Trabalho de composição ilimitada para analisar a criação da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC/ONU). Ele se reuniu durante 10 anos e, apesar das dificuldades no consenso do texto, devido à oposição política no período da Guerra Fria, em 20 de novembro de 1989 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o documento, abrindo-o para ratificação e acesso dos Estados-membros.

Com essa Convenção, o novo pensamento emergente da criança como sujeito atuante em todas as relações na sociedade e no âmbito de sua família foi concretizado, consolidando o conceito do respeito ao desenvolvimento progressivo de suas capacidades em função da sua condição peculiar, o chamado *evolving capacities*⁴³⁸. Assim, além da determinação de proteção e cuidado, a Convenção ressalta o papel das crianças como atores e sujeitos de direitos, participantes ativos na construção de seus direitos. Crianças tornam-se, então, agentes capazes de expressar sua opinião para que tenham a possibilidade de defender seus próprios interesses.

Uma importante formulação da CDC/ONU é a definição de criança no art. 1, aquela considerada "todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes". Sobre isso, faz-se importante destacar que o conceito criança na Convenção não expõe um fato objetivo, mas apenas uma separação definida entre os indivíduos adultos e crianças (não adultos). Tal conceito para a CDC/ONU é uma fase de desenvolvimento do ser humano, culturalmente demarcado e dependente de contextos sociopolíticos para sua definição. Ou seja, respeitando-se os direitos estabelecidos na Convenção, nada impede que outras categorias sejam criadas de

⁴³⁸ Conforme Lansdown (2005), *evolving capacities* é um conceito "in which education, child development and youth development programs led by adults takes into account the capacities of the child or youth to exercise rights on his or her own behalf. The concept of evolving capacities is employed internationally as a direct alternative to popular concepts of child and youth development".

acordo com o contexto local e cultural de determinado país, como ocorre, por exemplo, no Brasil, onde dentro do limite etário para criança estabelecido pela ONU, o Estatuto da Criança e Adolescente criou duas categorias: as crianças, indivíduos de até 12 anos, e os adolescentes, indivíduos dos 12 aos 18 anos de idade.

O conteúdo da CDC/ONU consiste de um preâmbulo e 54 artigos. O preâmbulo traz os princípios fundamentais da ONU e outras diretrizes relevantes de direitos humanos que tragam a orientação da proteção da criança em função de sua condição mais vulnerável, além de ressaltar a responsabilidade da família como uma importante instituição na proteção da criança. Os princípios gerais (*general principles*) da CDC, os quais servem como padrão de conduta, são: observância do bem-estar da criança (art. 3), proibição da discriminação (art. 2), direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento (art. 6) e direito de pertencimento (art. 12).

Segundo a natureza de cada artigo, pode-se dividi-los em sete categorias diferentes: (i) a diretamente aplicável proibição de discriminação, segundo a qual todos os direitos e princípios são aplicáveis a todas as crianças do mundo, independentemente de qualquer classificação ou divisão; (ii) as clássicas garantias de direitos humanos, como a proibição de tratamentos e punições desumanos, degradantes e depreciativos, o direito à vida familiar ou a liberdade religiosa; (iii) diferentes direitos sociais, como necessidade de saúde, educação e provisão material; (iv) normas relativas aos contratos (*Gesetzgebungsaufträge*), previstas com as exigências programáticas da Convenção; (v) normas específicas relativas às crianças, como o direito de ser ouvido, o direito a um nome e saber suas próprias origens; (vi) o princípio fundamental do superior interesse da criança (art. 3), como critério orientador principal na ação de todos os Estados; (vii) o princípio do crescimento progressivo da maturidade (*envolving capacities*), como no art. 5 (direito dos pais) e art. 14 (direito à liberdade religiosa).

Importantíssimo destacar a consolidação e a menção expressa por parte da CDC/ONU no art. 3º, 1, do princípio do melhor interesse da criança (*child best interests*), o qual terá sua história e significado jurídico analisados de forma mais profunda nos próximos capítulos.

Destaca-se a existência de três Protocolos Adicionais à CDC/ONU: o Protocolo Adicional sobre crianças em conflitos armados⁴³⁹; o Protocolo Adicional sobre o tráfico de crianças, exploração sexual infantil e pornografia infantil⁴⁴⁰; e o Protocolo Facultativo relativo aos Procedimentos de Comunicação.⁴⁴¹

Seguindo as orientações consolidadas pela CDC/ONU, na década de 1980 estabeleceram-se as chamadas Regras de Beijing⁴⁴², normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e Juventude. Desenvolvendo a proteção dos direitos das crianças privadas de liberdade, criou-se as Diretrizes de Riad visando a prevenção dessa situação da criança em conflito com a lei. Ambos os textos normativos foram aprovados pela Assembleia da ONU em 1990.⁴⁴³

Deve-se destacar que em setembro de 2000, realizou-se na ONU em Nova Iorque o maior encontro de dirigentes mundiais da história da humanidade, com 189 países-membros: a Cúpula do Milênio, que teve como objetivo refletir o destino comum da humanidade. Dessa reunião, resultaram oito Objetivos do Milênio, os quais possuem impacto direto na infância de todo o mundo: Objetivo 1 - Erradicar a extrema pobreza e a fome; Objetivo 2 - Atingir o ensino básico universal; Objetivo 3 - Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; Objetivo 4 - Reduzir a mortalidade infantil; Objetivo 5 - Melhorar a saúde materna; Objetivo 6 - Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; Objetivo 7 - Garantir a sustentabilidade ambiental; Objetivo 8 - Estabelecer uma Parceria Mundial para o Desenvolvimento. Esses objetivos afetam diretamente à condição da infância, segundo próprio relatório do encontro, pois as crianças são as primeiras a morrer quando as necessidades básicas de uma comunidade de pessoas não são atendidas.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Protocolo Adicional sobre crianças em conflitos armados, G.A. Res. 54/263, Annex I, 54 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 7, U.N. Doc. A/54/49, Vol. III (2000), com vigor em 12 fevereiro, 2002.

⁴⁴⁰ Protocolo Adicional sobre o tráfico de crianças, exploração sexual infantil e pornografia infantil, G.A. Res. 54/263, Annex II, 54 U.N. GAOR Supp. (No. 49) at 6, U.N. Doc. A/54/49, Vol. III (2000),
entered into force January 18, 2002.

⁴⁴¹ Protocolo Facultativo relativo aos Procedimentos de Comunicação, A/RES/66/138, 27 January 2012.

⁴⁴² Resolução n° 40.33 da Assembleia Geral da ONU de 29.11.1985.

⁴⁴³ PEREIRA (2008), p. 21.

⁴⁴⁴ Conforme descrição da UNICEF disponível em:

Ainda, impulsionados pelas diretrizes da CDC/ONU e pelos Objetivos do Milênio, realizou-se em novembro de 2000 a X Cúpula Iberoamericana de chefes de Estado e de governo, com o mote “Unidos pela Infância e Adolescência, base da Justiça e da Equidade no Novo Milênio”, da qual nasceu o da Declaração do Panamá.⁴⁴⁵

Resta, ainda, ressaltar o importante documento *Um mundo para as crianças*, elaborado em uma Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a criança em maio de 2002, com o estabelecimento de 10 princípios e objetivos específicos para promoção e proteção dos direitos da criança, sendo eles: 1. Colocar as crianças em primeiro lugar; 2. Erradicar a pobreza; 3. Não abandonar nenhuma criança; 4. Cuidar de cada criança; 5. Educar todas as crianças; 6. Proteger as crianças da violência e da exploração; 7. Proteger as crianças da guerra; 8. Combater o HIV/AIDS; 9. Ouvir as crianças e assegurar sua participação; 10. Proteger a Terra para as crianças. Ressalta o documento que objetivo do Plano de Ação é a construção de um mundo

“no qual as meninas e os meninos possam desfrutar de sua infância – tempo de brincar e tempo de aprender, durante a qual receberão amor, respeito e carinho e terão seus direitos promovidos e respeitados, sem nenhum tipo de discriminação; quando sua segurança e bem-estar serão prioridades para que possam crescer saudáveis, em paz e com dignidade.”⁴⁴⁶

Diante do apresentado, constata-se que uma especificidade dos documentos internacionais sobre os direitos da criança – especialmente a CDC, o que a difere dos outros tratados em direitos humanos –, consiste no fato de tais documentos regerem não somente a relação entre Estado e indivíduo, como também abrangerem relações na esfera privada, especificamente entre crianças e seus familiares e responsáveis.⁴⁴⁷

<http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_9540.htm>

⁴⁴⁵ Idem.

⁴⁴⁶ UNICEF, *Um mundo para as crianças* (2002), Suplemento No. 3 (A/S-27/19/Rev.1).

⁴⁴⁷ WYTTENBACH, J. Grund-und Menschenrechtskonflikte zwischen eltern, kind und staat. Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem Internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV). Helbing & Lichtenhahn, 2006, p. 129.

2. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após um longo processo histórico, mediado por luta política e social por reconhecimento ainda em curso, as crianças foram registradas pelas legislações como sujeitos de proteção e cuidado especial, com um ápice no texto expresso do Artigo 227, *caput*, que determina ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...)”.

As normas, agora, não se dirigem somente àquelas que historicamente eram abrangidas pelos antigos códigos de menores – os “menores abandonados ou delinquentes” das Doutrinas do Direito Penal do Menor ou da Situação Irregular – , mas a todas as crianças, independentemente de suas condições ou qualquer adjetivação. Com o advento do Artigo 227, todas as crianças são consagradas como sujeitos de direitos universalmente reconhecidos e especialmente considerados, abrangidas por uma nova doutrina jurídica: a Doutrina de Proteção Integral.⁴⁴⁸

Contudo, apesar de terem sido reconhecidas como sujeitos de direitos, é essencial ser enfrentado, no âmbito do direito público constitucional, o tema da autonomia, titularidade e capacidade da criança para invocar a proteção dos direitos fundamentais. Existiria uma idade mínima para invocação da proteção dos direitos fundamentais? É possível estabelecer critérios relativos à capacidade fática ou processual da criança de invocar direitos fundamentais? Podem as crianças invocar direitos fundamentais contra a vontade dos próprios pais ou responsáveis legais?

Tais indagações estão presentes em diversos casos: quando a criança busca práticas religiosas ou político-partidárias, mas é proibida por seus pais ou discriminada em espaços comunitários, como nas próprias escolas⁴⁴⁹; quando a

⁴⁴⁸ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

⁴⁴⁹ MENINA vítima de intolerância religiosa diz que vai ser difícil esquecer pedrada. **G1**, Rio de Janeiro, 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/menina-vitima-de-intolerancia-religiosa-diz-que-vai-ser-dificil-esquecer-pedrada.html>>.

criança é impedida de ter acesso a exposições ou produções culturais⁴⁵⁰; quando a criança é impedida de se manifestar ou de realizar protestos⁴⁵¹; quando a criança deseja fazer terapia hormonal para transição de gênero ou realizar cirurgia de redesignação sexual com ou sem autorização parental⁴⁵²; quando a criança intersexo é submetida a cirurgias de “normalização” do sexo logo após seu nascimento⁴⁵³; quando a criança é submetida a diversas formas de violência e discriminação na expressão de suas características emocionais, de gênero e orientação sexual⁴⁵⁴; quando a criança é abusada ou negligenciada por seus próprios pais, os detentores do poder familiar e jurídico sobre ela⁴⁵⁵.

Assim, inicialmente, será feita uma análise dos fundamentos e conteúdo dos conceitos relativos à criança como (2.1.) sujeito de direitos e da Doutrina de Proteção Integral e de seu (2.2.) *status* jurídico como titular de direitos fundamentais, como forma de melhor precisar e fundamentar a hipótese de que a criança é titular integral de direitos fundamentais, ainda que em um estágio peculiar de desenvolvimento progressivo de suas capacidades e de sua autonomia,

⁴⁵⁰ FILHO, Antonio Gonçalves. MASP abre exposição só para maiores de 18 anos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 18 out. 2017. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/noticias/artes,masp-abre-exposicao-so-para-maiores-de-18anos,70002050224>>.

“A Constituição brasileira NÃO PROÍBE o acesso acompanhado de menores de dezoito anos a espetáculos ou diversões de nenhum tipo, mesmo aqueles com conteúdo erótico ou pornográfico.” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n. 11/2017/PFDC/MPF. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/nota-tecnica-liberdade-artistica-e-protecao-de-criancas-e-adolescentes>>.).

⁴⁵¹ ESTUDANTES denunciam à OEA repressão da polícia de SP em manifestações de 2015. **Agência Brasil**, São Paulo, 7 abr. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/estudantes-denunciam-oea-repressao-da-policia-de-sp-em-manifestacoes-de-2015>>.

⁴⁵² Conforme orientações do Guia Prático de Atualização do Departamento Científico de Adolescência da Sociedade Brasileira de Pediatria a disforia de gênero, conceito técnico médico para pessoas cujas identidades de gênero não correspondem aos sexos biológicos atribuídos ao nascimento, pode ser abordada por tratamento hormonal orientado para adolescentes e tratamento cirúrgico irreversível recomendado após a maioridade (SBP. 2017).

⁴⁵³ Cada vez mais, países têm proibido cirurgias de “normalização” do sexo em crianças intersexo, como Chile, Colômbia etc., seguindo posicionamento expresso por grupos sociais que consideram essa prática violadora de direitos fundamentais.

⁴⁵⁴ PADASTRO é acusado de matar enteado de 10 anos por dizer que é gay. **Isto É**, Mundo, 28 jun. 2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/padrasto-e-acusado-de-matar-enteado-de-10-anos-por-dizer-que-e-gay>>.

⁴⁵⁵ COELHO, Tatiana. Maioria dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes ocorre em casa; notificações aumentaram 83%. **G1**, Ciência e Saúde, 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/maioria-dos-casos-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-ocorre-em-casa-notificacao-aumentou-83.ghtml>>.

experienciando e usufruindo de seus direitos de forma própria, devendo poder evocá-los por demandas processuais, as quais devem ser consideradas seriamente pelo Estado.

Serão, ainda, apresentados (2.3.) os direitos fundamentais das crianças dispostos no Artigo 227, divididos por suas funções e *status* em face do Estado: defesa, prestação, igualdade e solidariedade – essa última dimensão como forma de afirmar a hipótese de sua existência como direito autônomo e de que possui o direito fundamental geral à solidariedade, que se expressa pelo dever compartilhado entre Estado, famílias e agentes sociais no cuidado e garantia absolutamente prioritária de todos os seus direitos fundamentais e melhor interesse, como objetivo comum e solidário.

Por fim, será feita (2.4.) a investigação sobre os efeitos – indiretos e diretos – nas relações horizontais entre particulares da criança com agentes privados, familiares ou agentes sociais, pelo Artigo 227 e art. 3º, 1 da CDC/ONU.

2.1. Crianças como sujeito de direitos e a Doutrina de Proteção Integral

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direito especiais no ordenamento jurídico advém de um contínuo processo histórico de consolidação e construção do entendimento de que cada criança deveria receber uma personalidade jurídica, transformando-as em um “*homo juridicus*”, “uma maneira ocidental de vincular as dimensões biológica e simbólica constitutivas do ser humano” (SUPIOT, 2008, p. X).

Galgar o *status* de sujeito de direito – um artefato humano e não fato da natureza⁴⁵⁶ – é passo essencial para exercício da liberdade e dos direitos em um Estado Democrático de Direito, sendo sua negação “o primeiro passo essencial na estrada que leva à dominação total consistente em matar no Homem a pessoa jurídica”, conforme bem exorta Hannah Arendt (1989b, p. 489).

A criança reconhecida como tal, como sublinha Guilherme de Assis de Almeida (2014, p. 26), é condição fundamental da vida em sociedade ocidental

⁴⁵⁶ SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. XI.

orientada pelo dogma do Direito:

“O indivíduo único e insubstituível, mas semelhante a outros, transforma-se em sujeito graças ao direito – enquanto instância garante de sua identidade – que faz a expressa proibição do sujeito ser tratado como coisa. A própria etimologia da palavra é esclarecedora: o “sujeito”, o assujeitado que deve respeitar uma lei maior que a todos submete. O ser humano é definido como sujeito por obra e graça de um dogma do Direito.”

Entretanto, mais do que apenas uma expressão positiva dos direitos desse grupo de indivíduos, a lei expressa ao longo do tempo uma constante mudança na forma de entendimento do conceito de criança, relacionada ao desenvolvimento de outras ciências sociais e biológicas, como a Psicologia, Pedagogia, neurociência etc. Essa mudança reflete fortemente a criança e a infância como um constructo social, político, econômico e cultural demarcado por diferentes e complexas realidades, as quais deram forma a diferentes experiências de infâncias e adolescências em determinados espaços e tempos históricos.

A historicidade e materialidade das experiências de infância na história do mundo conecta-se diretamente com o seu reconhecimento como sujeitos de direito. Axel Honneth, em seu livro com Nancy Fraser, ao propor a luta pelo reconhecimento como resultado da diferenciação das esferas do direito, da solidariedade e do amor, atrela esse reconhecimento, juntamente ao fenômeno social do casamento ocidental moderno⁴⁵⁷, ao processo institucional da criança como indivíduo carente de proteção especial:

“In order to allow for the socialization of progeny, the estate-based order of premodern society must already have rudimentarily developed the attitudes of care and love – without which children's personalities cannot develop at all – as a separate form of recognition. But this practice of affective recognition, through which growing individuals acquire trust in the value of their own bodily needs, went on only implicitly until childhood was institutionally marked off as a phase of the life process

⁴⁵⁷ “Parallel to this process, the recognition form of love similarly became independent: the relations between the sexes were gradually liberated from economic and social pressures and thus opened up to the feeling of mutual affection. Marriage was soon understood - albeit with class-specific delays - as the institutional expression of a special kind of intersubjectivity, whose peculiarity consists in the fact that husband and wife love one another as needy beings.” (FRASER; HONNETH, 2003, p. 138-139).

requiring special protection. Only then could awareness develop within society of the special duties of care that parents (historically, of course, at first only the mother) have to assume with respect to the child in order to prepare the way from organic helplessness to the development of self-confidence. (...) With these two processes of institutionalization - the marking off of childhood and the emergence of "bourgeois" love-marriage - a general awareness gradually arose of a separate kind of social relation, which, in contrast to other forms of interaction, is distinguished by the principles of affection and care. The recognition that individuals reciprocally bring to this kind of relationship is loving care for the other's well-being in light of his or her individual needs" (FRASER; HONNETH, 2003, p. 138-139).

O estudo do reconhecimento da criança como sujeito de direito titular de proteção especial ao longo da história do Direito parece apontar algo comum em todos os tempos e lugares, inclusive pelo fato da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU ser o tratado internacional mais assinado da história: a necessidade de reconhecimento de sua fase peculiar de desenvolvimento, pelo qual suas capacidades são desenvolvidas progressivamente, garantindo-lhes, assim, um *status* jurídico maior de proteção e cuidado.

No entanto, não seria correto afirmar que apenas por ter ocorrido a positivação desse *status*, as crianças de fato recebem tratamento condizente com sua situação jurídica de sujeitos de direito. Em muitos e recorrentes casos, as crianças são depreciadas e submetidas a uma relação meramente objetiva, na qual não são consideradas como agentes ou protagonistas nos problemas que lhes dizem respeito – em função de sua condição de heteronomia e vulnerabilidade –, atuando apenas como objetos passíveis de intervenção e sujeitas a uma “proteção” exclusivamente passiva.

Como bem vocaliza o sociólogo argentino Eduardo Bustelo, a relação entre adultos e crianças talvez seja uma das mais desiguais na sociedade, uma vez que o domínio e o poder sobre os corpos e mentes infantis por práticas biopolíticas opressoras e violentas são naturalizadas como algo normal, inquestionável e legítimo.⁴⁵⁸

Nesse sentido, para compreensão da fundamental relação da criança com outros indivíduos no meio social, inclusive para que ela própria tenha consciência

⁴⁵⁸ Cf. BUSTELO, op. cit..

do seu *status* como sujeito de direitos, faz-se pertinente destacar as observações de Honneth. Inspirado na tradição hegeliana de reconhecimento recíproco das totalidades singulares das consciências⁴⁵⁹ e na psicologia social de George Herbert Mead⁴⁶⁰, entende como fundamental o modo pelo qual a criança se inclui como ser reconhecido, não só no âmbito das disposições jurídicas, mas também como um par, uma cidadã aceita e reconhecida em determinado meio e realidade social e familiar. Em suas próprias palavras:

“Se o sujeito, pelo fato de aprender a assumir as normas sociais de ação do ‘outro generalizado’, deve alcançar a identidade de um membro socialmente aceito de sua coletividade, então tem todo o sentido empregar para essa relação intersubjetiva o conceito de ‘reconhecimento’: na medida em que a criança em desenvolvimento reconhece seus parceiros de interação pela via da interiorização de suas atitudes normativas, ela própria pode saber-se reconhecida como um membro de seu contexto social de cooperação.”⁴⁶¹

Para Honneth – em sua divisão tripartite das esferas do reconhecimento entre amor, direito e solidariedade –, o reconhecimento afetivo, de amor, entre as crianças e seus cuidadores (pais ou aqueles com laços constantes e responsivos) é fundamental para o desenvolvimento da autoconfiança individual e emocional, bases anteriores a todas outras formas de reconhecimento e fatores indispensáveis para o autorespeito e a participação autônoma na vida pública.⁴⁶²

Assim, o reconhecimento das crianças como sujeitos de direitos na dimensão jurídica, relaciona-se igualmente ao reconhecimento afetivo dentro da comunidade de cuidado familiar, por meio da qual ela tem sua primeira experiência de socialização. Em outras palavras, a forma pela qual os adultos se relacionam com as crianças, sua representação dentro da família e sociedade, é parte integrante

⁴⁵⁹ Hegel, abordando o reconhecimento recíproco no ambiente familiar das totalidades singulares da consciência, entende que a consciência da criança como uma consciência suspensa que se forma pelo reconhecimento na relação com a consciência com seus pais, como identidade do interior e do exterior: “Neste reconhecer, cada um se põe na consciência do outro, suspende a singularidade do outro; ou cada um põe em sua consciência o outro como uma absoluta singularidade da consciência.”. Cf. HEGEL, G. W. F. **Jenaer Schriften**, 1801-07. Werke in 20 Bänden (vol. 2). Frankfurt: Suhrkamp, 1970, p. 320-321.

⁴⁶⁰ MEAD, G. H. La génesis del self y el control social. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**. Madrid, 55, jul./set. 1991.

⁴⁶¹ HONNETH, op. cit., p. 136.

⁴⁶² Ibid., p. 106-107.

da concepção e entendimento da criança como sujeito de direitos e cidadã. Conforme afirma Cury, Garrido e Marçura (2010, p. 22), analisando a Doutrina de Proteção Integral:

“A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a ideia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento.”

O Artigo 227 da Constituição foi, portanto, um ápice desse processo histórico – dinâmico, sempre em curso e sob constantes ameaças⁴⁶³ –, que reconheceu ao mesmo tempo a criança como sujeito de direitos e indivíduo titular de proteção especial, dada a sua condição peculiar de desenvolvimento, instituindo uma nova doutrina no âmbito do Direito, em oposição às doutrinas vigentes anteriormente, do Direito Penal do Menor e da Situação Irregular.

Com base no Artigo 227, na previsão da proteção à infância como direito social (art. 6º CF) e na competência constitucional (art. 20, XV CF) de legislar sobre a “proteção à infância e à juventude”, foi editada a legislação infraconstitucional do ECA, com o objetivo de detalhar as normas e os conceitos previstos na Constituição, conforme especificado em seu art. 1º: “esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Para um dos participantes do grupo de redação do ECA, Antônio Carlos Gomes da Costa, influenciada fortemente pela linguagem e provisões da então vigente Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a Doutrina seria a base sustentadora do Estatuto, afirmando:

“o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.”⁴⁶⁴

⁴⁶³ São inúmeras as tentativas de reforma do conteúdo do Artigo 227 e de outras disposições constitucionais ou de leis ordinárias, como as tentativas de redução da maioridade penal, diminuição da idade para permitir o trabalho infantil, entre outras proposições.

⁴⁶⁴ COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 19.

Entretanto, apesar da profusão de trabalhos, artigos e livros sobre o tema da Doutrina de Proteção Integral da criança, não se observa uma sistematização de seus conceitos e institutos, o que acaba gerando uma confusão ou sobreposição de ideias, impactando, inclusive, suas aplicações jurídicas. A Doutrina de Proteção Integral é muitas vezes apresentada como justificativa de proteção especial à criança⁴⁶⁵, como separação etária para reconhecimento de sua condição de desenvolvimento mais vulnerável⁴⁶⁶ ou, ainda, como aspecto da falta de maturidade ou consciência das crianças em relação aos fatos da vida e seus próprios direitos⁴⁶⁷.

Constata-se, assim, que a Doutrina de Proteção Integral fundada pelo Artigo 227, apesar de sua amplitude e aparente indeterminação, abrange e consolida importantes conceitos relativos a fenômenos de natureza diversas, relacionados não somente ao Direito, como também à compreensão de outras ciências sobre o desenvolvimento biológico, psicológico, social e moral da criança, as quais, sem dúvida, devem permear qualquer análise dos direitos fundamentais de crianças.

Nesse sentido, como sugestão sistematizadora, sugerimos a divisão em quatro campos conceituais ou categorias relacionadas à Doutrina de Proteção Integral da criança: 1. a condição peculiar de seu desenvolvimento, 2. o desenvolvimento progressivo de suas capacidades, 3. a necessidade de proteção especial e integral e 4. os modelos de regulação normativa das capacidades e habilidades da criança.

2.1.1. Condição peculiar de desenvolvimento

Como já observado, a lei representou ao longo do tempo uma constante mudança na forma de entendimento do conceito de criança e infância e no significado dessa, que passou a ser considerada uma fase do desenvolvimento

⁴⁶⁵ PEREIRA, Caio M. da Silva. Estatuto da Criança no quadro evolutivo do direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p.13.

⁴⁶⁶ VARCELONE, Paolo. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio F. do Amaral; MENDEZ, Emílio G. (Coords). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: Comentários Jurídicos e Sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 19.

⁴⁶⁷ Cf. CURY; SILVA; MENDEZ, op. cit., p. 204-205.

humano.

O conceito de infância, como categoria histórica criada e recriada constantemente⁴⁶⁸, varia fortemente de uma sociedade para outra, em diferentes contextos culturais, políticos e sociais:

“há um crescente reconhecimento que nossa imagem de infância é fortemente uma construção social e cultural. Crianças em diferentes tempos na história e em diferentes partes do mundo, têm sido foco de diferentes expectativas. Suas capacidades e exigências são determinadas ao menos em algum grau pelas necessidades e suposições daqueles em sua volta. Tanto as realidades econômicas como os padrões culturais dão forma a experiência da infância em um determinado tempo e lugar.”⁴⁶⁹

Entretanto, o estudo da infância ao longo da história parece apontar algo compartilhado: as crianças nos primeiros anos de vida dependem de um cuidado extra por outros indivíduos, demonstrando um traço essencial: de que são seres, ao menos no início de suas vidas, heterônimos e carentes de cuidado e proteção.⁴⁷⁰

Em tradições ancestrais, especialmente no período caracterizado por Karl Jaspers como Era Axial⁴⁷¹, a criança já foi reconhecida como um indivíduo especial e merecedor de cuidado, como, por exemplo, nos analectos ou diálogos de Confúcio (“To comfort the elderly, deal faithfully with friends, and care for the young”⁴⁷²), nos pensamentos hinduístas (“Children, old men, the poor, and the sick, should be considered as the lords of the atmosphere”⁴⁷³) ou na tradição judaica prevista no velho testamento dos textos bíblicos, ao prever a educação das crianças

⁴⁶⁸ Cf. CUNNINGHAM, Hugh. *The Invention of Childhood*, London: BBC, 2006.

⁴⁶⁹ BARTLETT, Sheridan. *Cities for Children – Children’s Right, Poverty and Urban Management*, London: UNICEF-Earthscanp, 2009, p. 5.

⁴⁷⁰ Idem.

⁴⁷¹ Karl Jaspers considerava o período axial (de 800 a.C. a 200 a.C.) como um dos mais importantes da história da humanidade, origens da filosofia e dos filósofos, no qual em diferentes regiões do mundo (Ocidente, China e Índia) ocorreu um paralelismo de conceitos de reflexão acerca da natureza humana expressos em tradições diversas, como o taoísmo e confucionismo na China, o bramismo e o budismo na Índia e o zoroastrismo, judaísmo e as filosofias gregas do sofismo, pré-socráticos (Parmênides, Heráclito), o próprio Sócrates e seu discípulo Platão (JASPERS, 1949). Fábio Konder Comparato considera esse período como a gênese da concepção dos direitos humanos, justamente em função das reflexões filosóficas acerca da condição humana individual e coletiva (COMPARATO, 2005).

⁴⁷² Analectos de Confúcio, Livro 5 - Gongye Chang, um estudante de Confúcio, item 26.

⁴⁷³ LEWIS, C. S. **The Abolition of Man, or, Reflections on Education with Special Reference to the Teaching of English in the Upper Forms of Schools**. San Francisco: HarperSanFrancisco, 2001, p. 109.

(“Ensina bons hábitos ao jovem, em início de caminhada;”⁴⁷⁴) ou reputar a elas qualidades divinas (“O lobo habitará com o cordeiro, (...) O bezerro e o leãozinho serão alimentados juntos, um menino os conduzirá”⁴⁷⁵).

Na história ocidental, como foco nas tradições e raízes culturais europeias helênicas e romanas, a criança e sua condição diferenciada também foi tema de reflexão por parte de filósofos como Sócrates, que ao pensar uma nova República, conforme relatos de Platão, preocupou-se com quais fábulas deveriam ser contadas às crianças ou de que forma deveriam ser feitos os cuidados e educação dos jovens.

476

Já Aristóteles – também discípulo de Sócrates, mas defensor de uma visão mais realista ou empirista –, acreditava que não havia possibilidade de injustiça na relação entre pais adultos e suas crianças, pois as crianças eram partes de seus pais e, por isso, submetidos amplamente à autoridade deles. Considerava as crianças como seres inacabados, destituídos de pensamento racional e da habilidade de tomar decisões autonomamente; seres imperfeitos, mas em potência do desenvolvimento da perfeição.⁴⁷⁷

Seguindo essa visão aristotélica de pertencimento da criança à família, as tradições patriarcais romanas asseguravam o poder (*potestas*) e autoridade ao *pater familias*, homem responsável pela manutenção e segurança da comunidade familiar patriarcal (*gens*) e de seus membros (*gentiles*), os quais estavam subordinados à direção do *pater*⁴⁷⁸, com poder de vida e de morte sobre eles (*vitae necisque potestas*), inclusive no direito nascente, conforme tábua IV da Lei das XII Tábulas do período arcaico romano. Contudo, conforme a evolução do Estado Romano e da atuação dos pretores e dos jurisconsultos, o poder do *pater* foi sendo limitado –

⁴⁷⁴ Provérbios 22:6. In: **Bíblia TEB. Tradução Ecumênica Brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995.

⁴⁷⁵ Isaías 11:6. In: **Bíblia TEB. Tradução Ecumênica Brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995.

⁴⁷⁶ “Pois uma criança não pode diferenciar uma alegoria do que não é, e as opiniões que recebe nessa idade tornam-se indelévels e inabaláveis. E devido a isso que se deve fazer todo o possível para que as primeiras fábulas que ela ouve sejam as mais belas e as mais adequadas a ensinar-lhe a virtude”; “Mas como educá-lo e instruí-lo? O exame desta questão pode ajudar-nos a descobrir o objeto de todas as nossas pesquisas, isto é, como surgem a justiça e a injustiça numa cidade. Precisamos sabê-lo, porque não queremos nem omitir um ponto importante nem perder-nos em divagações inúteis.” (PLATÃO, 1997).

⁴⁷⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* (1138b6). In: **Aristóteles**. Tradução Leonel Vallandro e Gerd. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 44s. Bornheim (Coleção Os Pensadores).

⁴⁷⁸ “*pater familias appellatur qui in domo dominium habet*” (ULPIANO apud PAES, 1971, p. 20).

como nas disposições das Constituições imperiais no período do Principado, que restringiram o poder de castigo, previam a necessidade de justificar a pena de morte para o *filius familias* e possibilitavam a constituição de pequeno patrimônio e realização de contratos por parte dos filhos. A punição corporal foi amplamente utilizada como método de educação e disciplina das crianças romanas, como registrado e, até mesmo, recomendado por Sêneca (2014). Plutarco, contudo, advertia contra o uso de castigos corporais contra crianças romanas, ressaltando a necessidade de uma educação (*paideia*) afetuosa por parte dos pais e instrutores, para aquisição da virtude e felicidade. Para crianças escravas, Plutarco (1974) admitia o uso de tais práticas.

Submeter crianças à violência, como infanticídio ou abandono, especialmente de meninas, era prática sujeita a críticas igualmente por parte de pensadores judeus da Antiguidade, como se vê nos textos do Velho Testamento, que contém referências da importância de se cuidar e proteger as crianças.⁴⁷⁹ Tais práticas foram ainda mais colocadas em suspeição com o advento do cristianismo, com a filosofia propagada por Jesus e registrada por seus apóstolos no Novo Testamento, o qual foi abundantemente considerado nas referências à necessidade de se cuidar e valorizar as crianças⁴⁸⁰, como na célebre frase atribuída a Jesus: “Deixai as crianças, não as impeçais de virem a mim, pois o Reino dos céus é para aqueles que são como elas”⁴⁸¹.

Contudo, não havia de forma predominante e abrangente um “sentimento de infância” nas sociedades em emergência, o que, por uma perspectiva geral, permitiu que durante a Idade Média a infância fosse muito curta e que a criança fosse tratada e retratada como um adulto em miniatura, conforme esclarece o sociólogo Philippe Ariès.⁴⁸²

Mas foi também durante a Idade Média, sob a influência do cristianismo

⁴⁷⁹ Isaías 54:13, 66:13; Deuteronomio 30:19, 32:46; Malaquias 4:6. In: **Bíblia TEB. Tradução Ecumênica Brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995.

⁴⁸⁰ Cf., p.ex., Mateus 11:25, 21:16, 5:9, 18:2-3; Lucas 10:21; Marcos 9:37. In: **Bíblia TEB. Tradução Ecumênica Brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995.

⁴⁸¹ Mateus 19:14. In: **Bíblia Sagrada**. In: **Bíblia TEB. Tradução Ecumênica Brasileira**. São Paulo: Loyola, 1995.

⁴⁸² ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

propagado pela Igreja católica e seus intérpretes, especialmente Tomás de Aquino, que a perspectiva em relação à criança ganha novos contornos, considerando-a como um ser individual e único em relação aos pais, que possuem direitos e deveres para com seus filhos, uma vez que as crianças não pertencem a eles, mas sim a Deus: “*non est parentis, sed ipsius Dei*”.⁴⁸³

Com o fim da Idade Média e o advento do Renascimento, ocorreu uma progressiva distinção entre os universos adulto e infantil, emergindo um forte sentimento de idealização da infância e o reconhecimento da especificidade dessa fase de desenvolvimento, como aponta Ariès⁴⁸⁴, com destaque à obra do educador dos educadores, Desiderius Erasmus da cidade de Rotterdam⁴⁸⁵.

No decorrer dos séculos XVI, XVII e XVIII, especialmente pela influência dos pensamentos de moralistas e educadores da época, a criança ganha progressivamente destaque no âmbito da família, a qual tem a obrigação de educar e prover suas “deficiências”. Contudo, ainda persistia a visão da criança focada no aspecto negativo de sua dependência e incapacidade para determinados atos da vida social, e, assim, não lhe era garantido o reconhecimento como sujeito de direitos e agente participativo na sociedade, como cidadã.

Contribuindo para o reforço da visão da individualidade da criança como sujeito de direito, destacam-se as importantes ideias e pensamentos de dois dos maiores teóricos sobre o Estado e suas funções: John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Para Locke, as crianças são indivíduos que, por meio do princípio da igualdade, compartilham os mesmos direitos assegurados aos considerados adultos⁴⁸⁶, os quais devem enfrentar seriamente o dever de cuidá-las e educá-las:

“The well educating of their children is so much the duty and concern of parents, and the welfare and prosperity of the nation so much depends on it, that I would have every one lay it seriously to heart; and after having well examin’d and distinguish’d what fancy, custom, or reason advises in the case, set his helping hand to promote every where that way of training up youth, with regard to their several conditions, which is the

⁴⁸³ DE AQUINO, Tomas. Suma teológica, 37, 2a2ac, 57, 4.

⁴⁸⁴ ARIÈS, Philippe. **Centuries of Childhood**. Tradução Dora Flaksman. Harmondsworth: Penguin Books, 1960.

⁴⁸⁵ ERASMUS, Desiderius. A Handbook on Good Manners for Children: De Civilitate Morum Puerilium Libellus. Tradução Eleanor Merchant. Londres: Preface, 2008.

_____. The Education of a Christian Prince. Cambridge: Cambridge UP, 1997.

⁴⁸⁶ YOUNG, Dominique. Penser les droits de l’enfant, Paris: PUF, 2002, p. 22.

easiest, shortest, and likeliest to produce virtuous, useful, and able men in their distinct callings.”⁴⁸⁷

Entretanto, o mesmo pensador ressalta que durante a fase da infância, as crianças possuem limitações físicas e psicológicas, tendo mentes sem preenchimento, como uma *tabula rasa*⁴⁸⁸, que as impedem de exercer com completude seus direitos, conferindo aos pais a autoridade suprir tais limitações, especialmente para evitar “uma inicial corrupção dos mais jovens”, desde a primeira infância.⁴⁸⁹

Já para Rousseau⁴⁹⁰ – considerado fundador da Pedagogia romântica da Educação e influenciador de educadores como Ellen Key⁴⁹¹, Maria Montessori⁴⁹², Johann Heinrich Pestalozzi⁴⁹³ e Janusz Korzarc⁴⁹⁴ –, a infância é demarcada por uma profunda humanização, rejeitando o aspecto negativo que até então a ela era atrelado, pela ensino e garantia da liberdade da criança, conforme expresso em sua célebre obra sobre a educação de uma criança, *Emilio, ou Da Educação*:

“O único hábito que se deve deixar a criança adquirir é o de não contrair nenhum; que não a ponham mais sobre um braço do que sobre outro; que não a acostumem a dar uma mão mais do que a outra, a dela fazer uso mais amiudado, a querer comer, dormir, agir nas mesmas horas, a não poder ficar sozinha de dia ou de noite. Preparai de longe o reinado de sua liberdade e o emprego de suas forças, deixando a seu corpo o hábito natural, pondo-a em estado de ser sempre senhora de si mesma e fazendo em tudo sua vontade logo que tenha uma.”⁴⁹⁵

Para o filósofo iluminista, a infância representa um importante estágio de experiência de vivências e aprendizagens e, por isso, deve ser respeitada com igualdade de tratamento e sensibilidade. Cabe, assim, aos pais a responsabilidade

⁴⁸⁷ Item 5, Dedication In: LOCKE, John. **Some Thoughts Concerning Education. The Harvard Classics.** Nova Iorque: P.F. Collier & Son, 1909, p. 17.

⁴⁸⁸ In: LOCKE, John. **Some Thoughts Concerning Education. The Harvard Classics.** Nova Iorque: P.F. Collier & Son, 1909I.II, § 14.

⁴⁸⁹ Item 3, Dedication In: In: LOCKE, John. **Some Thoughts Concerning Education. The Harvard Classics.** Nova Iorque: P.F. Collier & Son, 1909, p. 14.

⁴⁹⁰ ROUSSEAU, 1973; 1994.

⁴⁹¹ KEY, Ellen. **The Century of the Child.** New York: Putman, 1909.

⁴⁹² Cf. MONTESSORI, Maria. **Il Segreto dell'infanzia.** Garzanti, 1970. (The Secret of Childhood. Bombay: Orient Longman, 1982.).

⁴⁹³ PESTALOZZI, J. H. **Antologia de Pestalozzi.** Tradução Lorenzo Luzuriaga. Buenos Aires: Losada, 1946.

⁴⁹⁴ KORCZAK, 1981; 1986; 1986a; 1997.

⁴⁹⁵ ROUSSEAU, 1979, p. 35-36.

de proteger e guiar seus filhos, educando-os como adultos livres.⁴⁹⁶

O século XIX é demarcado pela desconsideração da condição da criança no âmbito do trabalho, em que as condições degradantes e desumanas as atingiam com rigor ainda maior, aumentando, cada vez mais, a legitimidade da intervenção do Estado nas famílias, como protetor das crianças para coibir tais práticas. Alguns autores reputam a essa fase da industrialização o período do início de expressões normativas específicas acerca dos direitos da criança em diferentes países⁴⁹⁷, a qual teve uma real expansão pela emergência das duas Guerras Mundiais e a necessidade de encaminhamento das milhões de crianças sem cuidado parental e afetadas pelos horrores das guerras.

Nos séculos XIX e XX, com a expansão dos trabalhos e estudos de Biologia e Psicologia e das práticas pedagógicas, novas teorias sobre o desenvolvimento foram se consolidando, como os estudos de Jean Piaget⁴⁹⁸ voltados especialmente à educação e as teorias psicanalíticas de Sigmund Freud e seus seguidores, que as aplicaram e ampliaram à criança – como em sua própria filha, Anna Freud⁴⁹⁹, Melanie Klein⁵⁰⁰, Donald Woods Winnicott⁵⁰¹, Françoise Dolto⁵⁰² e Emmi Pikler⁵⁰³.

No Brasil, destacam-se os trabalhos do internacionalmente reconhecido e homenageado pensador e educador Paulo Freire⁵⁰⁴ e da psicóloga e pedagoga de origem russa Helena Antipoff⁵⁰⁵, os quais permitiram um olhar teoricamente profundo e sensivelmente regionalizado para a condição da criança brasileira, especialmente aquelas em situação de desigualdade e vulnerabilidade

⁴⁹⁶ Cf. ROUSSEAU, 1979.

⁴⁹⁷ Cf. MARTINS, Rosa. **Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais**, In: PEREIRA, Tania; OLIVEIRA, Guilherme (orgs.): Cuidado e Vulnerabilidade, São Paulo, Atlas, 2009.

⁴⁹⁸ Cf. PIAGET, 1936; 1987; 1999.

⁴⁹⁹ Cf. FREUD, 1973; 1989.

⁵⁰⁰ Cf. KLEIN, 1996; 1997.

⁵⁰¹ Cf. WINNICOTT, 1987; 1989.

⁵⁰² Cf. DOLTO, 1988 e DOLTO; NASIO, 2008.

⁵⁰³ Cf. PIKLER, Emmi. The Development of Movement – Stages, An excerpt PEACEFUL BABIES – CONTENTED MOTHERS (published in 1940), taken from **Sensory Awareness Foundation publication BULLETIN** (Number 14/Winter 1994); . Pikler, Emmi, "Se Mouvoir en Liberte des le Premier Age" Presses Univ. de France, Paris (1979).

⁵⁰⁴ Cf. FREIRE, [19--]; 1959; 1992.

⁵⁰⁵ Cf. ANTIPOFF, 1943; 1972; 1992.

socioeconômica. Além de escreverem marcos da literatura mundial, atuaram diretamente com crianças e adultos por meio de práticas de educação popular com vistas à democratização da sociedade brasileira, como na Fazenda-Escola do Rosário⁵⁰⁶, gerida por Antipoff e pela ideia de uma “escola ativa”, e nas práticas de alfabetização, inicialmente em Pernambuco (RN), guiadas por uma “pedagogia crítica e emancipatória”⁵⁰⁷.

Para Dana Charles McCoy, em uma tentativa de construir uma fundação teórica coerente para a construção de teorias de mudança, pode-se categorizar as teorias do desenvolvimento humano e infantil dos pensadores dos séculos XX e XXI em seis grandes grupos⁵⁰⁸: (i) teoria do estágio cognitivo, desenvolvida por Jean Piaget, pela qual a criança passa por períodos específicos de desenvolvimento, como o sensório-motor, o pré-operatório e os permeados por operações concretas e formais⁵⁰⁹; (ii) teoria psicanalítica, criada por Sigmund Freud, por meio da qual o método de análise do consciente e inconsciente permite a investigação de dinâmicas psicológicas adquiridas durante o desenvolvimento, dos traumas e das pulsões de vida e de morte atreladas à dimensão sexual em cada fase (oral, anal, fálica, latente e genital)⁵¹⁰; (iii) teoria comportamental, com destaque para Burrhus Frederic Skinner, pela qual a Psicologia é uma ciência que deve ser estudada empiricamente e os comportamentos são resultados da relação estímulo-resposta e condicionamento ambiental, na qual a criança seria uma “tabula rasa”⁵¹¹; (iv) teoria do aprendizado social, de Albert Bandura, que em uma junção entre elementos freudianos, piagetianos e da teoria comportamental, inclui o elemento da socialização no desenvolvimento das crianças por processos de aprendizagem

⁵⁰⁶ ANTIPOFF, Helena. A Fazenda do Rosário: sua experiência, sua filosofia. **Boletim Claparède**. Ibité, v. 4, p. 12-16, ago. 1980.

⁵⁰⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

⁵⁰⁸ Conforme proposta apresentada pela instrutora Ph.D. Dana Charles McCoy no curso Developmental Theories of Change do semestre de outono de 2016 na Faculdade de Educação da Universidade de Harvard, cujas aulas tive a oportunidade de acompanhar como aluno ouvinte, em função do período de pesquisa como pesquisador visitante orientado pela Full Professor of Law Elizabeth Bartholet, no programa de graduação na Harvard Law School, e filiado ao CAP (Child Advocacy Program) durante o ano acadêmico 2016/2017.

⁵⁰⁹ MILLER, P.H. Piaget’s cognitive-stage theory and the neo-Piagetians. In: **Theories of Developmental Psychology**. 5 ed. New York: Worth Publishers, 2011, p. 27-104.

⁵¹⁰ BETTELHEIM, B. Psychoanalysis and education. **The School Review**, p. 73-86, 1969.

⁵¹¹ Cf. SKINNER, 1953 e ROEDIGER, 2004.

(atenção e retenção) e de performance (reprodução e motivação), sempre em relação a determinado contexto sociocultural⁵¹²; (v) teorias ecológicas e contextuais, com destaque para Lev Vygotsky e Urie Bronfenbrenner, para os quais o contexto social é determinante no desenvolvimento de crenças, valores, conhecimento, habilidades etc., em uma lógica bioecológica, para situar cada criança nos diferentes sistemas sociais (família, escola, comunidade, economia, política, cultura, normas, ideologias etc.)⁵¹³; e as (vi) teorias contemporâneas do neurodesenvolvimento, segundo as quais o desenvolvimento neurológico cerebral, especialmente no período da primeira infância, em função da neuroplasticidade e dos períodos sensíveis, é determinante para as bases das habilidades cognitivas e socioemocionais de qualquer ser humano⁵¹⁴.

Esse acúmulo de teorias e práticas permitiu o progressivo entendimento e consenso de que a criança não é um adulto em miniatura, mas sim um sujeito em um estágio peculiar de desenvolvimento, com etapas e processos biológicos e psicológicos próprios e muito sensíveis, o que exige – para um desenvolvimento livre e sadio – cuidado, educação e atenção, igualmente sensíveis e especializados, conforme expresso em 1918 na *Magna Charta Libertatis*, de Henryk Goldszmit, conhecido pelo pseudônimo de Janusz Korczak.

Inspirada na *Magna Charta Libertatum* inglesa, que limitou o poder dos monarcas na Inglaterra, garantindo direitos aos barões, o documento de Korczak é considerado, por muitos⁵¹⁵, como a primeira expressão documental que clamava por três direitos a todas às crianças do mundo:

"Eu reivindico a *Magna Charta Libertatis* como uma lei fundamental para a criança. Talvez existam outros, mas encontrei estes três direitos básicos: 1. O direito da criança a sua morte. 2. O direito da criança ao dia de hoje. 3. O direito da criança a ser o que ela é."⁵¹⁶

⁵¹² BANDURA, A. Going global with social cognitive theory: From prospect to paydirt. In: **The rise of applied psychology: New frontiers and rewarding careers**. Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum, 2006, p. 53-79.

⁵¹³ Cf. VYGOTSKY, 1978, p. 79-91 e BRONFENBRENNER, 1995, p. 619-647.

⁵¹⁴ Cf. SHONKOFF, 2010, p. 357-367 e MCEWEN; SEEMAN, 1999, p. 30-47.

⁵¹⁵ EICHSTELLER, Gabriel. Janusz Korczak – His Legacy and its Relevance for Children's Rights Today. **The International Journal of Children's Rights**. v. 17: Issue 3, 1 jan. 2009.

⁵¹⁶ KORCZAK, Janusz. **Wie man ein Kind lieben soll**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co., 2018.

Institucionalmente, a primeira norma internacional a positivar esse entendimento de direitos comuns a todas as crianças foi a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, da Liga das Nações, que pelo esforço empreendido pela pacifista inglesa Eglantyne Jebb, criadora da instituição *Save the Children* em função das crianças órfãs da Primeira Guerra Mundial, consolidou o entendimento de que:

“(…), homens e mulheres de todas as nações, reconhecendo que a humanidade deve à criança o melhor que ela tem para dar, declara e aceita como seu dever que, além e acima de todas as considerações de raça, nacionalidade ou credo: À criança deve ser concedido os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual; À criança que tem fome deve ser alimentada, a criança que está doente deve receber os cuidados de saúde necessários, a criança que está atrasada deve ser ajudada, a criança delinquente deve ser recuperada, e o órfão e a criança abandonada deve ser protegida e abrigada; A criança deve ser a primeira a receber o socorro em tempos de crise ou emergência; À criança deve ser dados todas as ferramentas para que ela se torne capaz de sustentar-se, e deve ser protegida contra toda forma de exploração; A criança deve ser criada na consciência de que seus talentos devem ser colocados a serviço de seus semelhantes.”

Ainda, em 1959, após a 2ª Guerra Mundial e o agravamento do número de crianças sem cuidado parental, a Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU garantiu especial proteção ao “desenvolvimento físico, mental e social”⁵¹⁷ da criança, postulando que ela “necessita de amor e compreensão, para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade”⁵¹⁸.

Nesse sentido, a legislação brasileira não se mostrou indiferente a todos esses desdobramentos das ciências humanas e evoluções normativas internacionais. No Código de Menores de 1927, há uma preocupação com o “desenvolvimento intelectual” e o “desenvolvimento e robustecimento do organismo”. Já no Código de Menores de 1949, há o uso do termo “desenvolvimento moral, intelectual ou físico”, o qual é completamente suprimido no Código de Menores de 1979 durante a ditadura civil-militar.

Sobre as normas e legislações vigentes atualmente no Brasil, tanto nos

⁵¹⁷ Princípio I.

⁵¹⁸ Princípio VI.

debates e elaboração do Artigo 227 da CF quanto no próprio texto do artigo, ficou consolidado o “respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”⁵¹⁹ da criança.

Para a CDC/ONU de 1989, o conceito de estágio peculiar de desenvolvimento é também central para a Convenção, a qual destaca em seu preâmbulo: “Tendo devidamente em conta a importância das tradições e valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança.”.

Já no ECA, o conceito da criança como indivíduo em desenvolvimento é abundante, previsto nos artigos 3º, 15, 51, 69, 71, 100 XI, 121 e 161, § 3º. Nesse sentido, o art. 6º do ECA abrange globalmente a necessidade de se levar em conta que a criança está em um estágio peculiar de desenvolvimento para interpretação de toda a lei:

“Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”
(grifos inseridos)

Destaca-se que essa visão dos estágios, períodos e sensibilidades peculiares do desenvolvimento infantil está espalhada pelas legislações específicas com relação às crianças, como marco teórico fundante dessa nova visão da Doutrina de Proteção Integral, como no Marco legal da Primeira Infância (Lei 13.257 de 2016), que foi influenciado desde a sua gênese pelas pesquisas das teorias neurodesenvolvimentistas, conforme expresso em seu art. 1º: “Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano”. Os incisos do art. 4º são ainda mais específicos, ao afirmarem que: “II - incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento; III - respeitar

⁵¹⁹ Inciso V, Artigo 227 CF.

a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais”.

Por fim, importante destacar que para alguns o reconhecimento da peculiaridade da condição de pessoa em desenvolvimento, em função de sua dependência e heteronomia, implicaria uma visão negativamente condicionante da realidade infantil, de apenas receptores passivos da proteção do adulto, pelo entendimento, expresso inclusive pelos autores do anteprojeto do ECA, “de que a criança e o adolescente não conhecem inteiramente os seus direitos, não têm condições de defendê-los e fazê-los valer de modo pleno, não sendo ainda capazes, principalmente as crianças, de suprir, por si mesmas, as suas necessidades básicas”⁵²⁰.

O desenvolvimento da criança e o próprio conceito de infância não devem ser entendidos como um fenômeno universal e homogêneo, uma vez que os objetivos do desenvolvimento em cada comunidade, não são universalmente compartilhados. Pelas teorias culturais, a infância é fruto de processos econômico-socioculturais⁵²¹ em contraste com uma ideia normativa de adultez, cujos sujeitos seriam seres racionais, competentes, sociais e culturais, enquanto às crianças faltariam todas essas habilidades, sendo apenas sujeitos passivos ou objetos de proteção. Há diferentes infâncias e diferentes expectativas de infância, o que deveria prevenir o uso de indicadores de riscos universais, como o fato de que crianças indígenas em meio à realidade das tribos possuem estímulos diferentes para o desenvolvimento de habilidades e capacidades, voltadas ao trabalho na tribo, do que crianças em grandes centros urbanos, voltadas para a educação formal e a ocupação dos postos no mercado de trabalho.⁵²²

⁵²⁰ COSTA, Antônio Carlos Gomes. Comentário ao ECA. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando (Orgs.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 294.

⁵²¹ SUPER, C.; HARKNESS, S. Cultural Perspectives on Child Development. In: WAGNER, D.; STEVENSON, H. (Eds.). **Cultural Perspectives on Child Development**. San Francisco: W.H. Freeman, 1982, p. 170-198.

⁵²² Todavia, essa visão relativista cultural não pode ser argumento exclusivo na análise de um caso concreto, especialmente quando envolve violação de determinado direito fundamental, como a vida e a integridade física da criança, como será visto no último item deste capítulo.

Contudo, a condição peculiar de desenvolvimento da criança não deve ser avaliada pela falta de competências, pela incapacidade de conhecimento dos direitos ou, ainda, pela real vulnerabilidade de sua condição biológica e psicológica, um olhar adultocêntrico, guiado por critérios baseados em uma suposta completude e desenvolvimento finito da adultez. A condição infantil, apesar de mais vulnerável, é repleta de significado em si mesma, com dinâmicas próprias e valores únicos insubstituíveis para a realidade humana. Crianças não são apenas o devir humano; elas são o humano, em uma diversa, mas completa expressão. O valor da infância não está apenas no futuro, mas sim no presente, em cada uma das vidas nascentes e crescentes, em um constante – e talvez nunca findo – desenvolvimento progressivo de suas capacidades e realidades.

2.1.2. Desenvolvimento progressivo das capacidades e habilidades

As legislações brasileiras abordaram a progressividade do desenvolvimento das capacidades e habilidades da criança conjuntamente com a ideia de estágio peculiar de desenvolvimento, utilizando frequentemente os termos “em desenvolvimento”⁵²³ ou “em processo”⁵²⁴ ou “condição”⁵²⁵ de desenvolvimento.

As mesmas teorias que embasaram o entendimento de que a criança está em um estágio peculiar de desenvolvimento, permitiram a elaboração conceitual de que nele há uma evolução progressiva de todas suas capacidades e habilidades. Em verdade, são conceitos intrinsecamente relacionados ou, até mesmo, com o mesmo significado, especialmente nos marcos normativos nacionais e internacionais.

Para o presente trabalho, foi escolhida essa divisão como forma de qualificar esse estágio peculiar de desenvolvimento, detalhando as pesquisas atuais, especialmente de neurociência, sobre o desenvolvimento das capacidades e habilidades das crianças.

Segundo essas pesquisas, as capacidades e habilidades da criança podem ser divididas, tradicionalmente, em: (i) cognitivas – interpretar, refletir, pensar

⁵²³ Artigo 6º ECA.

⁵²⁴ Artigo 15 ECA.

⁵²⁵ Artigo 3º, parágrafo único, ECA.

abstratamente etc. –, (ii) psicomotoras – motricidade, coordenação motora, equilíbrio etc. – e (iii) socioemocionais, conhecidas como *soft skills*, que compreendem um conjunto de características sociais, reguladoras e comportamentais⁵²⁶, como a abertura a novas experiências, consciência, extroversão, amabilidade e estabilidade emocional⁵²⁷.

Um dos primeiros autores contemporâneos que com base em consistentes pesquisas biológicas abordou e sistematizou o fato de que a inteligência humana não pode ser encarada como um elemento único – e, por isso, seu desenvolvimento não é passível de ser mensurado ou avaliado de forma simples ou por variáveis únicas, como em testes de QI (quociente de inteligência) –, foi o psicólogo Howard Gardner, que propôs em seu livro *Frames of the Mind* um olhar amplo e holístico para o ser humano e suas múltiplas inteligências, separadas por categorias apenas para fins analíticos, mas sempre interrelacionadas. Propôs, assim, as seguintes dimensões da inteligência: linguística, lógico-matemática, espacial, cinestésica corporal, musical, interpessoal, intrapessoal e naturalística.⁵²⁸ Todavia, o próprio Gardner apontou, no ano da celebração de 20 anos do seu famoso livro, a necessidade e a importância de se levar em conta inovações e achados revolucionários permitidos pela ciência do cérebro e pela genética, para uma leitura atualizada de sua teoria.⁵²⁹

A possibilidade tecnológica de gerar imagens cerebrais permitiu que a ciência avançasse no conhecimento do desenvolvimento do cérebro, especialmente de crianças⁵³⁰, firmando conceitos sobre o funcionamento dos neurônios e seus processos de mielinização no transporte das mensagens ou impulsos, sobre a plasticidade cerebral e a existência de períodos sensíveis para o desenvolvimento e

⁵²⁶ HECKMAN, James J.; KAUTZ, Tim. **Hard evidence on soft skills**. Labour Economics: Elsevier, 2012, p. 451-464.

⁵²⁷ Essas cinco características da habilidade socioemocional, conhecidas como “*big five*”, foram inicialmente propostas por John & Srivastava (JOHN, O. P.; SRIVASTAVA, S. The Big Five Trait Taxonomy: History, Measurement, and Theoretical Perspectives. In: PERVIN, L. A.; JOHN, O. P. (Eds.). **Handbook of Personality: Theory and Research**. Amsterdam: Elsevier, p. 102-138).

⁵²⁸ GARDNER, Howard. **Frames of Mind: The Theory of Multiple Intelligences**. Cambridge: Basic Books, 1983.

⁵²⁹ Cf. GARDNER, Howard. Multiple Intelligences After Twenty Years. **Paper presented at the American Educational Research Association**, Chicago, 21 abr. 2003.

⁵³⁰ HENSCH, T. K. The power of the infant brain. **Scientific American**, p. 64-69, 2016.

a forma como neurologicamente aprendemos ou adquirimos habilidades⁵³¹.

Em breves e incompletas palavras, a neurociência aponta que a arquitetura cerebral de um ser humano é formada, para além de um olhar geneticista exclusivo, por experiências ambientais e interpessoais que se iniciam logo no começo da vida⁵³². Essas experiências são resultado de interações constantes e responsivas⁵³³, permeadas por dinâmicas socioafetivas⁵³⁴ responsivas (*serve and return interaction*) com pessoas de referência (membros da família, cuidadores etc.), as quais permitem o desenvolvimento do cérebro e das funções essenciais executivas e de autorregulação⁵³⁵, bases de todas as outras habilidades, ou múltiplas inteligências, humanas.

Segundo as evidências neurocientíficas, os genes que carregamos fornecem o projeto (*blue print*) e a estrutura básica, mas são as experiências que definem como e se esses genes serão expressos, especialmente após as descobertas de um dos campos mais revolucionários da ciência genética atual, a epigenética⁵³⁶, segundo a qual modificações temporárias da química epigenética controlam quando e onde a maioria dos nossos genes serão ligados ou desligados.

Entretanto, o ponto central é que algumas dessas experiências podem gerar modificações epigenéticas duradouras em centenas de genes humanos⁵³⁷, especialmente experiências que acionam de forma corrente o sistema estressor,

⁵³¹ Cf. WERKER, J.; HENSCH, T. Critical periods in speech perception: New directions. **Annual Review of Psychology**, 66, p. 173-196, 2015.

⁵³² NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. Young children develop in an environment of relationships. **Working Paper 1**. Center on the Developing Child, Harvard University, 2004. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

⁵³³ NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. The Timing and Quality of Early Experiences Combine to Shape Brain Architecture. **Working Paper 5**. Center on the Developing Child, Harvard University, 2007. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

⁵³⁴ NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. Children's Emotional Development Is Built into the Architecture of Their Brains. **Working Paper 2**. Center on the Developing Child, Harvard University, 2004. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

⁵³⁵ NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. Building the Brain's "Air Traffic Control" System: How Early Experiences Shape the Development of Executive Function. **Working Paper 11**. Center on the Developing Child at Harvard University, 2011. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

⁵³⁶ CREWS, 2008, p. 344-357 e DOLINOY; JIRTLE, 2008, p. 4-8.

⁵³⁷ NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. Early Experiences Can Alter Gene Expression and Affect Long-Term Development. **Working Paper 10**, Harvard University, p. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

gerando, no caso das crianças e em situações crônicas de privações e adversidades, um estresse tóxico, capaz também de irromper a arquitetura cerebral pelo processo de desmielinização neuronal⁵³⁸.

Além da necessária transformação ambiental e social, pela promoção de condições materiais básicas e relações interpessoais de cuidado com tempo e qualidade, um campo muito promissor para se minorar os efeitos do *estresse tóxico* é promoção da resiliência nas crianças pela construção de relações saudáveis e fortalecimento de habilidades.⁵³⁹

O desenvolvimento humano é, portanto, segundo aportes da neurociência, a junção entre a constituição da natureza biológica e genética (*nature*) e as condições ambientais e sociorrelacionais de cuidado (*nurture*), pela combinação de dinâmicas bidirecionais entre a atividade genética, a atividade neural, o comportamento e as condições físicas, sociais, culturais e interpessoais do ambiente⁵⁴⁰ – o que torna o desenvolvimento um processo particular e individual a cada ser humano, ainda que expostos ao mesmo ambiente, em função da presença das suscetibilidades diferenciadas⁵⁴¹, variadas biologicamente conforme o contexto⁵⁴².

Contudo, apesar da individualidade dos processos na reação aos estímulos ambientais, os estudos da neurociência sobre o desenvolvimento cerebral parecem apontar igualmente margens temporais comuns a todas as crianças com relação a algumas dinâmicas cerebrais, como os picos de plasticidade cerebral⁵⁴³, por

⁵³⁸ NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. Excessive Stress Disrupts the Architecture of the Developing Brain. **Working Paper 3**. Center on the Developing Child, Harvard University, 2005/2014. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

⁵³⁹ NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. Supportive Relationships and Active Skill-Building Strengthen the Foundations of Resilience. **Working Paper 13**. Center on the Developing Child, Harvard University, 2015. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

⁵⁴⁰ GOTTLIEB, Gilbert. Probabilistic epigenesis. **Developmental Science**, 10:1, p. 2, 2007.

⁵⁴¹ Conceito proposto inicialmente por Jay Belsky, da Birkbeck Universidade de Londres, para avaliação das diferenças de suscetibilidade da habilidade de audição de crianças expostas ao mesmo estímulo. Após comprovar sua teoria, esse conceito foi expandido a outras habilidades humanas, com a proposição na forma de uma teoria evolucionária neuro-desenvolvimentista (BELSKY et. al., 2011, p. 7–28).

⁵⁴² ELLIS, Bruce J.; BOYCE, W. Thomas. Biological Sensitivity to Context. In: Current Directions in Psychological Science. **Association for Psychological Science**, 2008.

⁵⁴³ Plasticidade cerebral é a capacidade de o cérebro se reorganizar e se adaptar, sendo maior nos primeiros anos de vida e decaindo conforme a idade. Por volta dos 30 anos, a energia gasta para reorganização e adaptação cerebral é muito maior que a plasticidade apresentada pelo cérebro (LEVITT; NELSON, 2010, p. 28-40).

exemplo, para a capacidade de audição e de motricidade⁵⁴⁴, ou para o desenvolvimento do controle inibitório⁵⁴⁵ de ações, pensamentos e emoções⁵⁴⁶.

O entendimento desse desenvolvimento cerebral é fundamental para a avaliação dos conceitos que sempre circundam a verificação da capacidade e habilidades de crianças: autonomia e maturidade. Uma das formas atuais de se compreender autonomia e maturidade é a capacidade cognitiva de indivíduos realizarem julgamentos morais e tomarem decisões⁵⁴⁷.

Nesse sentido, a neurociência cognitiva tem apresentado interessantes desdobramentos, especialmente da importância da região do cérebro conhecida como córtex pré-frontal para regulação do controle inibitório e da impulsividade. Tais estudos estão cada vez mais sendo utilizados no âmbito do Direito, para o entendimento de diversos fenômenos, como o cumprimento de normas de conduta⁵⁴⁸, uma área que vem sendo conhecida como Neurodireito (*Neurolaw*)⁵⁴⁹.

Contudo, não há ainda uma resposta inequívoca à questão acerca da autonomia e maturidade em mesmo para o real funcionamento da mente humana, especialmente considerando que julgamentos morais e processos decisórios emergem de complexas interações de múltiplos sistemas neurais, não somente relacionadas à racionalidade lógica-funcional, o que coloca grande ênfase no papel das emoções e, assim, no desenvolvimento das habilidades socioemocionais.⁵⁵⁰

O que há, portanto, de evidência é que crianças, em média, possuem ferramentas cerebrais e cognitivas relativamente ainda em desenvolvimento para a realização de julgamentos morais ou para a tomada de decisão com maior

⁵⁴⁴ NELSON, Charles A. Neural plasticity and human development: the role of early experience in sculpting memory systems. **Developmental Science**, 3:2, p. 115-136, 2010.

⁵⁴⁵ A capacidade de controlar impulsos, como vontades, desejos e ações biológicas ou comportamentais (cf. DAVIS; BRUCE; SNYDER; NELSON, 2003, p. 432-443).

⁵⁴⁶ DILLON, Daniel G.; PIZZAGALLI, Diego A. Inhibition of action, thought, and emotion: A selective neurobiological review. **Applied and Preventive Psychology**, 12, n. 3, p. 99-114, 2007.

⁵⁴⁷ RESONBLOOM, Michael et al. The Funcional Neuroanatomy of Decision-Making. **J Neuropsychiatry Clin Neurosci**, 24:3, 2012.

⁵⁴⁸ BUCKHOLTZ, Joshua W. From Blame to Punishment: Disrupting Prefrontal Cortex Activity Reveals Norm Enforcement Mechanisms. **Neuron**, 16 set. 2015.

⁵⁴⁹ BUCKHOLTZ, Joshua W.; FAIGMAN, David L. Promises, promises for neuroscience and law. **Current Biology**, v. 24, n. 18, 2014.

⁵⁵⁰ GREENE, Joshua D. **The Cognitive Neuroscience of Moral Judgment**, In: **The Moral Brain: A Multidisciplinary Perspective**, Neuroscience and society, MIT Press, March 2015, p. 1014.

consciência, sendo assim relativamente menos autônomas e mais influenciáveis.⁵⁵¹

No âmbito do Direito positivo, o conceito do desenvolvimento progressivo das capacidades da criança (*evolving capacities of the child*) foi introduzido e adotado pela doutrina do Direito internacional público no âmbito do art. 5º da CRC/ONU, que prevê o dever “de assegurar à criança, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação e os conselhos adequados ao exercício dos direitos que lhe são reconhecidos pela presente Convenção”.

Segundo trabalho realizado por Gerison Lansdown, a pedido do centro de pesquisa *Innocenti* da Unicef, o art. 5º implica que pais ou pessoas com responsabilidade em relação a uma criança devem levar em conta as capacidades da criança para exercer seus direitos de forma própria, com aumento ou aquisição progressiva de suas capacidades, o que diminui a necessidade de direcionamento das decisões da crianças, as quais podem ser assumidas por elas próprias.⁵⁵²

Conforme clarifica Lansdown,

“O conceito do desenvolvimento progressivo de capacidades é central para o equilíbrio incorporado na Convenção entre o reconhecimento das crianças como agentes ativos em suas próprias vidas, titulares do direito de serem ouvidas, sendo respeitadas e concedidas a elas uma crescente autonomia no exercício dos direitos, ao mesmo tempo que tem direito à proteção de acordo com sua relativa imaturidade e juventude. Este conceito fornece a base para um respeito apropriado à agência das crianças, sem expô-las prematuramente as responsabilidades totais normalmente associadas à idade adulta. É importante reconhecer que não é o respeito dos direitos, como tal, que é influenciado pelo desenvolvimento progressivo das capacidades das crianças: Todos os direitos da Convenção sobre os Direitos da Criança se estendem a todas as crianças, independentemente da capacidade. O que está em questão é onde está a responsabilidade pelo exercício dos direitos.”⁵⁵³

⁵⁵¹ Contudo, adultos, mesmo não considerados com algum tipo de distúrbio ou atraso no desenvolvimento, podem ser limitados e condicionados no seu senso moral e tomada de decisão. Em última instância, é uma pergunta de raízes filosóficas a compreensão sobre a autonomia, a consciência e a liberdade, tanto de crianças como de adultos: o que realmente pode ser considerado uma decisão informada, autônoma e livre?

⁵⁵² LANSDOWN, op. cit., p. ix.

⁵⁵³ “The concept of evolving capacities is central to the balance embodied in the Convention between recognizing children as active agents in their own lives, entitled to be listened to, respected and granted increasing autonomy in the exercise of rights, while also being entitled to protection in accordance with their relative immaturity and youth. This concept provides the basis for an appropriate respect for children’s agency without exposing them prematurely to the full responsibilities normally associated with adulthood. It is important to recognise that it is not respect for rights, as such, which is influenced by the evolving capacities of children: All the rights in the Convention on the Rights of the Child extend to all children irrespective of capacity.

Ainda, o art. 29, 1, da CRC/ONU é claro em afirmar que os Estados-partes devem garantir uma educação no intuito de “promover o desenvolvimento da personalidade da criança, dos seus dons e aptidões mentais e físicos na medida das suas potencialidades”⁵⁵⁴.

Constata-se, portanto, que a condição da criança como sujeito de direitos em condição peculiar de desenvolvimento, no qual há o desenvolvimento progressivo de suas capacidades, foi utilizada como fundamento, tanto pelas legislações nacionais como internacionais, para garantir normativamente à criança proteção especial e integral, conforme será abordado a seguir.

Em realidade, o conceito do desenvolvimento progressivo da capacidade das crianças aborda o sensível tema relacionado à maturidade e autonomia. O que se quer aferir, especialmente no âmbito da análise dos direitos fundamentais, é em que medida a criança possui maturidade ou autonomia suficientes para invocar seus direitos por si própria ou tomar decisões com base em um sistema de valores diferentes dos seus pais ou responsáveis legais, muitas vezes contra eles próprios – tema de análise do item 2.2 do presente capítulo.

Compreender o desenvolvimento infantil – seus processos biológicos, cognitivos e socioemocionais – por meio dos diferentes aportes permitidos pelas teorias psicossociais, é fundamental para o entendimento da realidade social e jurídica da criança. Apesar da condição peculiar de desenvolvimento progressivo das habilidades e expressões, a criança é sujeito potente e agente, ainda que constrangida por seus limites naturais de heteronomia. Contudo, autonomia, maturidade e consciência sobre a própria realidade e responsabilidades é conceito relativo e contextual a qualquer ser humano, inclusive aos adultos.

What is at issue is where responsibility for the exercise of the rights lies.” (LANSDOWN, 2005, p. ix, tradução nossa).

⁵⁵⁴ “are all linked directly to the realization of the child’s human dignity and rights, taking into account the child’s special developmental needs and diverse evolving capacities. The aims are: the holistic development of the full potential of the child (29 (1) (a)), including development of respect for human rights (29 (1) (b)), an enhanced sense of identity and affiliation (29 (1) (c)), and his or her socialization and interaction with others (29 (1) (d)) and with the environment (29 (1) (e)).” (UN Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 1: **The Aims of Education**, article 29, 2001, CRC/GC/2001/1, 17 April 2001).

2.1.3. Proteção especial e integral

Com o desenvolvimento do papel do Estado na sociedade – pela conformação de doutrinas do bem-estar social, dos direitos humanos sociais, culturais e econômicos e de Constituições garantistas –, as ações estatais não devem apenas se abster negativamente de interferir na liberdade ou respeitar os direitos dos cidadãos (*Respektierungspflichten* ou *duty to respect*), mas devem igualmente proteger e efetivar os direitos humanos e fundamentais (*Schutzpflichten* ou *duty to protect* e *Erfüllungspflichten* ou *duty to fulfill*). Esses deveres do Estado garantem direitos aos cidadãos, respectivamente: direitos de defesa (*Abwehrrechte*), direitos de proteção (*Schutzrechte*) e direitos a prestações (*Leistungsrechte*), conforme divisão tradicional na doutrina alemã de teoria dos direitos fundamentais.⁵⁵⁵

Para atuação positiva do Estado na sociedade, Alexy propõe uma divisão mais interessante e precisa, classificando os direitos a prestações em sentido amplo, ou direitos a ações estatais positivas, em três subdivisões: (i) direitos fundamentais à proteção; (ii) direitos fundamentais à organização e procedimento; e (iii) direitos fundamentais sociais ou direitos à prestação em sentido estrito.⁵⁵⁶

Os direitos à proteção são “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros”⁵⁵⁷, ou seja, um direito a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, para exigir dele a realização da demarcação das esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si, por meio da configuração e aplicação da ordem jurídica.⁵⁵⁸

Direitos a organização e procedimento são tanto direitos ao estabelecimento de normas procedimentais por parte do legislador, como direitos a interpretação de normas procedimentais conforme à Constituição e sua aplicação no caso

⁵⁵⁵ PIEROTH, SCHLINK, KINGREEN, POSCHER (orgs.). **Grundrechte Staatsrecht II**, 31. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, item 60, p. 17.

⁵⁵⁶ ALEXY, Robert. **Law, Rights and Discourse** – the legal philosophy of Robert Alexy. Oxford: George Pavlakos Ed., 2007, p. 433-434.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 450.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 451.

concreto⁵⁵⁹, sendo subdivididos em quatro grupos de direitos fundamentais: (i) competências de direito privado, direitos subjetivos a normas de direito privado que possibilitem a expressão de um direito fundamental (como normas contratuais, casamento etc.); (ii) procedimentos judiciais e administrativos, direitos essenciais à proteção jurídica efetiva por meio do resultado de um procedimento (como normas para licenciamento ambiental); (iii) organização em sentido estrito, que abrange direitos à criação de normas de organização (direitos subjetivos ou coletivos, deveres ou proibições objetivas) por parte do legislador para ação conjunta de diversas pessoas para realização de determinada finalidade expressa como direito fundamental (como direito à educação superior, à radiodifusão etc.); e (iv) formação da vontade estatal, que engloba direitos a procedimentos que possibilitem participação na formação da vontade estatal (como direito ao voto, à liberdade de manifestação, de reunião ou associação).⁵⁶⁰

Já os direitos fundamentais sociais, ou aqueles de prestação em sentido estrito, “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”⁵⁶¹, como o direito à assistência social, saúde ou educação.

O Artigo 227 é um complexo sistema de direitos fundamentais de todas as funções e estruturas, com feixes de normas orientadas à defesa contra o Estado, à prestação positiva do Estado, ao estabelecimento da igualdade e, como será demonstrado no item 2.3.4 do presente capítulo, da solidariedade.

O §3º do Artigo 227 utilizou o termo proteção especial como forma de qualificar a forma diferenciada de proteção garantida à criança, abrangendo: (i) restrições e condições para o trabalho infanto-juvenil (incisos I, II e III); (ii) tratamento diferenciado diante do cometimento de ato infracional (ato equivalente a crime), prevendo brevidade e excepcionalidade da medida de internação (incisos IV e V); (iii) acolhimento, sob forma de guarda, de crianças órfãs ou abandonadas (inciso VI); (iv) oferta de programas de prevenção e atendimento especializado

⁵⁵⁹ Ibid., p. 474.

⁵⁶⁰ Ibid., p. 483-484.

⁵⁶¹ Ibid., p. 499.

para dependência química.

Nota-se que o uso do termo “proteção especial” é uma forma de se referir aos vários direitos de prestação positiva por parte do Estado, inclusive – mas não só – ao direito à proteção contra intervenções de terceiros nos direitos fundamentais de crianças. Esse termo foi influência direta da então vigente Declaração Universal dos Direitos da Criança, que em vários dos seus Princípios (I, II, IV, V e VI) menciona a necessidade de proteção especial, como no Princípio I, que estabelece à criança o “direito a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social”.

Ainda, em seu próprio *caput*, a Constituição é expressa em afirmar que a criança deve ser posta a salvo, protegida, de toda forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, prevendo no §4º punição severa para abuso, a violência e exploração sexual da criança.

Todavia, o termo utilizado pelo ECA em seu art. 1º, para detalhar a extensão ampla e holística dessa forma especial de proteção, foi o adjetivo integral, o qual se tornou predominante na doutrina, fazendo com que muitos concebessem que “especial” e “integral” seriam sinônimos para qualificação da proteção garantida à criança.

Contudo, uma análise mais apurada de seus conteúdos permite o entendimento de que são termos sensivelmente diferentes, apesar de serem ambos qualificadores do dever de proteção do Estado e do direito das crianças a prestações ou ações estatais positivas. Enquanto o adjetivo “especial” refere-se às excepcionalidades de tratamento pela legislação, processos e ações do estado, como o tratamento especial para crianças em conflito com a lei ou no ambiente de trabalho, o adjetivo “integral” refere-se à forma pela qual se dará essa prestação estatal.

Nesse sentido, ao avaliar o uso da doutrina e apropriação do termo por especialistas de diversas áreas – Direito, assistência social, Psicologia etc. –, pode-se conceber o conceito de integralidade da proteção da criança em três dimensões: (i) integralidade dos direitos; (ii) integralidade do desenvolvimento e das dimensões existenciais; e (iii) integralidade das ações das medidas de proteção e políticas

públicas.

Para um dos autores do anteprojeto do ECA, Paulo Afonso Garrido de Paula, o conceito da proteção integral seria autoexplicativo, uma vez que confere à proteção dos direitos das crianças o adjetivo da integralidade de todos os direitos previstos⁵⁶².

Nesse sentido, integralidade se refere aos direitos da criança, observando-os como um todo e não de forma separada ou compartimentada em temas ou âmbitos de proteção. Essa acepção de integralidade aproxima-se da doutrina clássica de direitos humanos, especialmente iniciada pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, segundo a qual os direitos humanos teriam natureza, além de universal, interdependente, interrelacionada e indivisível⁵⁶³ – inclusive os direitos humanos de crianças.⁵⁶⁴ Como afirma Flávia Piovesan, “eis aí a visão integral, holística, da declaração e é nela que se inspira o idioma contemporâneo dos direitos humanos. E é a partir dela que nós temos o direito protetivo internacional de direitos humanos”⁵⁶⁵.

O conceito de proteção integral também refere-se ao desenvolvimento integral, termo comumente utilizado nas ciências do desenvolvimento – como educação, assistência social, psicologia e medicina – como forma de abranger um olhar holístico para todas as áreas de expressão e habilidades da criança e do ser humano: cognitiva, socioemocional e corporal⁵⁶⁶. Os artigos 7º, 8º §7º, 19 e 53 do ECA registram esse termo de forma expressa.

A integralidade apresenta-se, também, como a necessidade de articulação

⁵⁶² GARRIDO DE PAULA, op. cit., p. 31.

⁵⁶³ Conforme visão adotada pela Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 e expressamente positivado e reiterado no parágrafo 5 da Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, que incluiu, ainda, o conceito de indivisibilidade: “Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve considerar os Direitos Humanos, globalmente, de forma justa e equitativa, no mesmo pé e com igual ênfase.”

⁵⁶⁴ Conforme ponto 16, a, do Comentário Geral n. 14 de 2013 (CRC/C/GC/14) à CDC?ONU: “In giving full effect to the child’s best interests, the following parameters should be borne in mind: (a) The universal, indivisible, interdependent and interrelated nature of children’s rights.”

⁵⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. **Rev. TST**, Brasília, v. 75, n. 1, p. 108-109, jan/mar 2009.

⁵⁶⁶ Conforme abordado no item acerca do desenvolvimento progressivo das capacidades da criança.

global entre todos⁵⁶⁷, inclusive os entes federativos⁵⁶⁸, para prevenção e proteção da criança, por meio de ações não governamentais e governamentais⁵⁶⁹ de medidas de proteção e políticas públicas de atendimento, como em saúde, assistência social e educação, de forma integrada, conjunta e intersetorial. Uma ação coordenada e integral é essencial para a efetiva proteção da criança nos territórios e comunidades, como apontam diversos estudos sobre a necessidade de atuação em rede e de forma intersetorial nas políticas públicas sociais.⁵⁷⁰

A ideia de integralidade na prevenção e proteção da criança e seus direitos culminou no estabelecimento e institucionalização de um verdadeiro Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGD), feito pela Resolução n. 113 de 19 de abril de 2006 pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança (Conanda), que detalhou de forma pormenorizada configuração, instrumentos, atribuições, formas de atuação e políticas do Sistema. Conforme art. 1º da Resolução, o “Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente constitui-se na articulação e integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil, na aplicação de instrumentos normativos e no funcionamento dos mecanismos de promoção, defesa e controle para a efetivação dos direitos humanos da criança e do adolescente, nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal”.

Dessa forma, o ECA discorreu em seus artigos os diferentes campos abrangidos pela proteção integral, a qual por ser integral deve envolver todas as dimensões da vida e do direito da criança no mundo, de forma ampla e holística – “física, mental, moral, espiritual e social”⁵⁷¹ –, e também todas as formas pelas quais o Sistema de Garantias, as redes e as instituições estatais e da sociedade civil se articulam e interagem para garantir a proteção da criança e de seus direitos.

Isso se justifica pelo fato de ser notório que ações de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, que violam direitos fundamentais da criança, impactam de forma interseccional as diversas dimensões

⁵⁶⁷ Artigo 70 do ECA.

⁵⁶⁸ Artigo 70-A do ECA.

⁵⁶⁹ Artigo 86 do ECA.

⁵⁷⁰ Ver: GONÇALVES; GUARÁ, 2010, BRONZO; VEIGA, 2007, p. 5-21 e JUNQUEIRA, 1999, p. 57-72.

⁵⁷¹ Conforme expresso no Artigo 3º do ECA: “(...), a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

de sua existência, sendo necessário um olhar integral da criança, de seus direitos e das formas de intervenção, para cessar toda e qualquer forma de violência contra ela.

Assim, pode-se afirmar que as crianças devem ser integralmente protegidas pelo Estado contra todas as formas de violência perpetradas contra elas: por ação ou omissão de particulares, como os próprios pais, responsáveis legais, cuidadores, outras crianças, parceiros românticos, estranhos; por ação ou omissão por parte de agentes ou instituições do Estado; por ação ou omissão de pessoas jurídicas, como empresas ou corporações nacionais ou transnacionais.

As violências mais comuns perpetradas por particulares contra crianças, segundo a Organização Mundial da Saúde⁵⁷², são: (a) maus-tratos (inclusive castigos violentos), envolvendo violência física, sexual e psicológica dentro das casas ou em espaços considerados privados, como escolas ou instituições de acolhimento (abrigos); (b) *bullying*, envolvendo o cometimento de danos físicos, psicológicos e sociais de forma repetida, incluindo espaços tradicionais de socialização da criança e digitais; (c) violência juvenil, que inclui assédio e agressão física com ou sem armas; (d) violência de parceiro íntimo, que envolve violência física, sexual e emocional; (e) violência sexual, que inclui contato sexual não consensual concluído ou tentado e atos de natureza sexual que não envolvem contato (como voyeurismo ou assédio sexual), atos de tráfico sexual cometidos contra alguém incapaz de consentir ou recusar e exploração on-line; (f) violência emocional ou psicológica, envolvendo restrição dos movimentos da criança, depreciação, ridicularização, ameaças e intimidação, discriminação, rejeição e outras formas não físicas de tratamento hostil.

Já o Estado pode, igualmente, perpetrar várias formas de violência contra crianças, tanto (a) indiretamente, mediada pelas ações de seus agentes, pessoas investidas de autoridade estatal, as quais podem cometer todas as ações previstas anteriormente por particulares, somadas ao fato do abuso da posição de poder, que se constitui igualmente como uma violência, como aquela perpetrada por policiais,

⁵⁷² WHO. Violence against children. Fact sheet. Media Centre. Fev. 20018. Disponível em: <<https://www.who.int/mediacentre/factsheets/violence-against-children/en/>>.

cuidadores ou responsáveis em instituições estatais etc.; (b) diretamente, por meio da violência institucional⁵⁷³ gerada pela falta, má condução ou concepção equivocada de uma política pública ou na atuação de suas instituições e agentes, como aquelas perpetradas nas instituições de acolhimento ou de privação de liberdade, como também no estabelecimento de prisão perpétua ou pena de morte para crianças, como o faz alguns estados nos Estados Unidos.

As violências cometidas por pessoas jurídicas, especialmente empresas ou corporações, podem ser divididas por aquelas ocorridas: (a) no local de trabalho, como o trabalho infantil em toda sua linha de produção, incluindo fornecedores e terceirizados; (b) no mercado, como violência gerada 1. pelas estratégias de publicidade e *marketing*, 2. pelos próprios produtos que apresentam perigo à saúde ou à vida das crianças, como produtos perigosos e de má qualidade (presença de químicos) ou serviços que sejam baseados na exploração econômica da criança, como a coleta de dados pessoais por meio das novas tecnologias de informação e comunicação para manipulação comportamental e microssegmentação publicitária; e, por fim, (c) nas comunidades, como a violência gerada pelo impacto de suas ações ou crimes, como 1. exploração sexual infantil nas grandes obras ou megaeventos, 2. poluição ambiental (atmosférica, aquífera ou de resíduos sólidos) ou 3. falta de fiscalização e segurança das obras, como no caso do rompimento das barragens de Mariana e Brumadinho.

Para lidar com essas violências e, conseqüentemente, violação de direitos fundamentais, o ECA estabeleceu uma parte inteira para as chamadas Medidas de Proteção (Título II, Capítulos I e II).

Conforme estabelecido de forma expressa no art. 98, “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.

Com a reforma da Lei 12.010 de 2009, conhecida como Lei da Adoção, o

⁵⁷³ CURTIN Deane; LITKE, Robert (Orgs.). **Institutional Violence**. Amsterdam: Editions Rodolpi. 1999.

art. 100, sobre as medidas específicas de proteção, passou a vigorar com a inclusão do parágrafo único, pelo qual foram elencados mais 12 princípios basilares de interpretação e aplicação das medidas de proteção e, de certa forma, do próprio ECA e sua Doutrina de Proteção Integral.

Por isso, reproduz-se abaixo os princípios de forma integral, pois apresentam-se como excelentes sínteses dos conceitos abrangidos pela e da Doutrina de Proteção Integral da criança:

“I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal;

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares;

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais;

IV - interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja

indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente;

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada;

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente;

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva;

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

2.1.4. Modelos de regulação normativa das capacidades e habilidades da criança

Apesar da complexidade das teorias e das tentativas em se criar um consenso de abordagem, especialmente diante da necessidade de regulação legal e desenvolvimento das políticas públicas⁵⁷⁴, não há consenso internacional de qual a

⁵⁷⁴ SAMEROFF, A. A unified theory of development: A dialectic integration of nature and nurture. *Child Development*, 81(1), p. 6-22, 2010.

melhor forma de se considerar normativamente a necessidade de proteção especial e integral da criança, em função do seu estágio peculiar de desenvolvimento, por meio do qual se desenvolvem progressivamente suas capacidades.

Lansdown, no relatório da Unicef já mencionado⁵⁷⁵, apresenta quatro modelos, com suas vantagens e desvantagens, de regulação normativa acerca do fenômeno do desenvolvimento infantil, percepção de sua autonomia e maturidade: (i) previsão legal de limites etários fixos e prescritos, para o exercício, voluntário ou obrigatório, de direitos (como votar, trabalhar, estudar, dirigir, casar, comprar álcool etc.); (ii) avaliação individual da competência da criança para o exercício de determinado direito, adotada especialmente em comunidades tradicionais pelo uso de rituais de performance e habilidade; (iii) combinação entre limites etários, mas com exceções para crianças que possam demonstrar competência, para adquirir direitos em determinada idade (como no caso brasileiro, de emancipação ou autorização para o casamento); (iv) diferenciação legal ou jurisprudencial em direitos específicos (como na Alemanha, a possibilidade de escolher autonomamente uma religião aos 14 anos de idade).

Verifica-se, assim, uma das formas mais encontradas em legislações em todo o mundo de considerar e efetivar normativamente esse tratamento diferenciado à criança pela distinção etária, ainda que combinada com outros modelos ou flexibilizada para a invocação de determinados direitos, especialmente por explicitar ritos de passagem compartilhados e de fácil compreensão e estabelecimento geral e abstrato pela lei.

A própria Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU estabeleceu em 18 anos a idade limite para que os indivíduos tenham um tratamento especial por parte dos Estados e suas legislações, entendendo possível uma subdivisão nas normas nacionais. Assim, é notório que a idade é uma das ferramentas legais para garantia, ainda que muitas vezes inflexível, de tratamento diferenciado pela própria lei ou pelas políticas públicas.

No Brasil, por meio da lei específica do ECA, adotou-se a idade prevista

⁵⁷⁵ LANSDOWN, op. cit., p. ix.

pela ONU, de até 18 anos, mas com a subdivisão entre criança (até 12 anos) e adolescente (entre 12 e 18 anos incompletos), por influência de teorias do desenvolvimento dos estágios cognitivos e psicanalíticas.

Por um lado, essa decisão de definição do estágio peculiar por meio da idade trouxe a garantia de proteção especial a todas as crianças até 18 anos, universalmente e independentemente da avaliação individual e personalizada da maturidade ou capacidades. Por outro, essa mesma definição ensejou a possibilidade de restrições legais fundadas em cortes etários, inclusive de ações no âmbito de proteção de direitos fundamentais, ainda que fundamentadas no argumento da proteção da criança – como o direito ao trabalho proibido para menores de 14 anos (Artigo 227, §3º, I CF) e restringido para crianças entre 14 e 18 anos (art. 7º, XXXIII, CF); o direito ao voto, proibido para menores de 16 anos (art. 14, §1º, c, CF); a liberdade para casar (prevista no art. 226, §1º da CF), restringida para menores de 16 e condicionada por autorização parental para os entre 16 e 18 anos (artigos 1.517 a 1.520, CC); e a própria absoluta incapacidade para realização dos atos da vida civil, limitada antes dos 16 anos de idade (artigos 3º e 4º, I CC), muitos atos civis protegidos constitucionalmente, como o direito à locomoção (art. 5º, XV, CF), o direito à associação (art. 5º, XIX, CF) e o próprio direito à propriedade (art. 5º, XXIV, CF), todos restringidos ou condicionados à autorização parental.

Assim, constata-se que a idade biológica se apresenta como um marcador legal-político e socialmente aceito para restringir legalmente ações e liberdades de crianças e adolescentes, mas também para garantir proteção especial, como em casos de cometimento de atos tipificados como crimes por indivíduos menores de 18 anos, os quais são penalmente inimputáveis e sujeitos à legislação e processo especiais (art. 228, CF).

Importante ressaltar que a estipulação etária como elemento de verificação de capacidade ou maturidade também é uma estratégia mais simplificada de permitir a evolução de políticas sensíveis, como a criminal, posto que durante muito tempo no Brasil se lutou contra a discricionariedade de juízes aplicarem a lei de acordo com sua percepção e avaliação da criança ser ou não consciente do ato e

suas repercussões pela teoria do discernimento penal, a qual fundamenta inúmeras políticas criminais em vários países, como em alguns estados dos Estados Unidos.

Em síntese, na atual e vigente legislação brasileira e nos tratados internacionais, tem-se os seguintes marcadores de idade:

DOCUMENTO LEGAL	ARTIGO	IDADE
Convenção Sobre os Direitos da Criança da ONU	- art. 1º: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.”	- Proteção especial até 18 anos de idade.
Convenção Americana sobre Direitos Humanos	- art. 4º, 1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção.” - art. 4º, 5: “Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, (...)” - art. 19: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”	- Proteção à vida desde a concepção. - Vedação da pena de morte para menores de 18 anos. - Uso do termo “criança”, mas sem classificação etária.
Constituição Federal de 1988	- Artigo 227, <i>caput</i> : “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...)” - Artigo 227, § 3º, I: “I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, (...)” - art. 7º, XXXIII: “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;” - art. 7º, XXV – “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;” - art. 14, §1º, c: “O alistamento eleitoral e o voto são: (...) II - facultativos para: (...)c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.” - art. 14, § 3º, VI, d: “São condições de elegibilidade, na forma da lei: (...)VI - a idade mínima de: (...) d) dezoito anos para Vereador.” - art. 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”	- Uso dos termos “criança”, “adolescente” e “jovem”, mas sem classificação etária.
Estatuto da Criança e do Adolescente	- art. 2º: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”	Criança: 0-12 anos. Adolescente: 12-18 anos.
Estatuto da Juventude (Lei 12.852, de 5 de Agosto de 2013)	- art. 1º, § 1: “Para os efeitos desta Lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade.”	De 15 a 29 anos.
Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257 de 8 de março 2016)	- art. 2º: “Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.”	De 0 a 6 anos de idade.

2.2. Crianças como titulares de direitos fundamentais

Com base na Doutrina de Proteção Integral da criança, resta claro que ela é sujeito de direitos. Contudo, no âmbito do Direito público constitucional, muitos

questionam se a criança teria titularidade de direitos fundamentais ou, ainda, se tendo essa titularidade teria condições de exercer por si própria, de forma autônoma, a invocação da proteção de atos compreendidos em determinado direito fundamental.

Tanto a teoria dos Direitos Humanos quanto a Teoria dos Direitos Fundamentais desenvolveram-se no ocidente com base na lógica de garantir ao indivíduo ferramentas de oposição ou afastamento das ações indevidas do Estado, majoritariamente no binômio Estado-cidadão, fiando-se na capacidade individual das pessoas de demandar e invocar seus direitos de forma consciente, autônoma e independente. Essa ênfase no conceito da autonomia individual como base para o exercício de direitos fundamentais ou humanos levanta preocupações em vários Estados não ocidentais, onde a ênfase cultural é na mutualidade, reciprocidade e interdependência, mais do que na individualidade, ainda que a doutrina em direitos humanos compreenda conceitos de igualdade, solidariedade e respeito mútuo de direitos.⁵⁷⁶

Nesse sentido, a criança, em função do seu estágio peculiar de desenvolvimento e progressivo desenvolvimento de suas capacidades, é considerada muitas vezes como incapaz, heterônima ou imatura para um ato de tamanha gravidade: invocar perante às autoridades constitucionais, conformadas por adultos, suas queixas, temores de ameaça ou sofrimento pela violação de seus direitos.

A própria legislação acomodou essa questão, atribuindo aos pais ou responsáveis legais, por meio do poder familiar, a mediação dos interesses e direitos das crianças, enquanto elas supostamente não os podem invocar sozinhas. Contudo, o que fazer quando a criança manifesta e expressa, ainda que de maneira e por linguagens próprias, opinião divergente das tomadas pelos pais? Como encaminhar e decidir casos de violência e violação de direitos constitucionais, por ação ou omissão, por parte dos pais ou responsáveis, de outros particulares, de agentes ou instituições estatais ou, ainda, de empresas e corporações?

Apesar da doutrina alemã sobre o tema ter se desenvolvido com base em

⁵⁷⁶ LANSDOWN, op. cit., p. 4.

disposições constitucionais bem mais restritivas em relação à titularidade e ao exercício dos direitos fundamentais, ela apresenta um conceito importante para a presente análise: o de autonomia para direitos fundamentais (*Grundrechtsmündigkeit*).⁵⁷⁷

A autonomia para direitos fundamentais pode ser definida como a capacidade para invocar por si próprio um direito fundamental.⁵⁷⁸ Ela abrangeria tanto a capacidade real de invocar direitos fundamentais quanto a capacidade de discernimento ou consciência em relação a eles e também a capacidade processual do indivíduo em um processo constitucional.

Tal conceito único é considerado por Friederike Wapler⁵⁷⁹ impreciso e ambíguo diante da diversidade de fenômenos que compreende, por isso ele propõe uma outra diferenciação, em quatro categorias de análise: 1. titularidade de direitos humanos (*Grundrechtsträgerschaft*); 2. capacidade de realizar por si próprio (*Wahrnehmungsfähigkeit*) direitos fundamentais; 3. autorização legal de realizar por si próprio (*Wahrnehmungsberechtigung*) direitos fundamentais; 4. execução (*Geltendmachung*) processual dos direitos fundamentais.⁵⁸⁰

2.2.1. Titularidade de direitos fundamentais em sentido estrito (*Grundrechtsträgerschaft*)

Como afirma a maioria da doutrina de direito constitucional alemã, a titularidade de direitos fundamentais, tal qual dos direitos humanos, abrange todas as pessoas desde o nascimento, inclusive as crianças. Contudo, na Alemanha, em função da distinção entre direitos fundamentais considerados universais (*Jedermannsrechte*) e os relativos somente a cidadãos alemães (*Deutschenrechte*), há um importante e fundamentado questionamento sobre a titularidade de alguns direitos fundamentais para estrangeiros, como o direito à locomoção (art. 11, 1 GG)

⁵⁷⁷ Ver Karl-Heinz Hohm, 1986: Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, Neue Juristische Wochenschrift, 3107-3115.

⁵⁷⁸ Cf. MANGOLDY; STARCK, 2010, apud WAPLER, 2015, p. 91.

⁵⁷⁹ WAPLER, Friederike. **Kinderrechte und Kindeswohl**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 92.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 98.

e o direito à livre escolha profissional (art. 12, 1 GG), o que para muitos fere o próprio direito fundamental de caráter universal à igualdade (art. 3º, 1 GG) ou à dignidade da pessoa humana (art. 1º, 1 GG). A única exceção feita é aos cidadãos da União Europeia, em função do art. 18 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (antigo art. 12 do Tratado da União Europeia). Nesse sentido, crianças estrangeiras, com exceção das cidadãs da União Europeia, como as migrantes de outras nacionalidades, na Alemanha não seriam titulares desses direitos fundamentais, exclusivos para alemães.

No Brasil, a escolha constitucional foi diversa. Apesar de não serem expressamente citadas de forma independente pela Constituição Federal de 1988 como sujeitos do Direito Constitucional, as crianças estão incluídas no termo “todos” do art. 5º, que prevê, além de um rol de direitos fundamentais, o texto de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (...)”.

Ainda, há vedação constitucional expressa de qualquer tipo de discriminação, inclusive etária ou de nacionalidade, para garantia da inviolabilidade dos direitos fundamentais ali previstos, o que, inclui expressamente todas as crianças como titulares de direitos fundamentais no território brasileiro, inclusive as estrangeiras e migrantes⁵⁸¹.

Destaca-se, que a não discriminação é dispositivo normativo também previsto no art. 2º da CDC/ONU, que determina a garantia de direitos pelos Estados signatários a todas as crianças, sem nenhuma forma de distinção⁵⁸², tratado ratificado inclusive pela Alemanha.

Para não deixar dúvidas, o ECA estipulou em seu art. 3º que: “A criança e o

⁵⁸¹ Em 9 de agosto de 2017, a Resolução Conjunta n.1 do Conanda e do Conare estabeleceu em seu artigo 2º que “a Política de Atendimento à criança e adolescente será aplicada, em sua integralidade e sem qualquer discriminação e em igualdade de condições, a toda criança e adolescente de outra nacionalidade ou apátridas, em ponto de fronteira brasileiro”, reforçando a aplicação dos direitos fundamentais a todas as crianças sem distinção no território nacional brasileiro.

⁵⁸² “Artigo 2. Os Estados Partes comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação.”

adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Todavia, tanto a doutrina alemã quanto a brasileira debatem e apontam o problema de que nem sempre se verifica uma correspondência entre a titularidade e uma suposta capacidade efetiva de realizar, fruir ou invocar direitos fundamentais, diferenciação muito utilizada para justificar o tratamento desigual dado a crianças no âmbito constitucional e às limitações legais fundadas em sua idade, expressão legal arbitrária para expressar autonomia e maturidade.⁵⁸³

2.2.2. A capacidade fática de realizar ou invocar por si próprio (*Wahrnehmungsfähigkeit*) direitos fundamentais

A capacidade de invocar ou realizar por si próprio direitos fundamentais é caracterizada como a competência fática de performar ações que estejam no âmbito de proteção de um direito fundamental, como, por exemplo, a prática de uma religião, a expressão de uma opinião ou a habilidade de ir e vir sem constrangimento.⁵⁸⁴

Em função de algumas circunstâncias puramente factuais, pessoas podem não estar em condições de realizar essas ações protegidas por direitos fundamentais, como a impossibilidade de participar fisicamente de uma reunião de manifestação política ou de se deslocar livremente em função de uma doença ou fratura óssea, por exemplo.

Segundo Wapler, as crianças, em função da condição natural do seu peculiar estágio de desenvolvimento, não teriam condições fáticas de realizar diversos direitos fundamentais, argumentando que:

⁵⁸³ ALEXANDRINO, José de Melo. Os Direitos das crianças – linhas para uma construção unitária. **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 68, v. I, Doutrina, item: 7.2, 2008. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-de-melo-alexandrino-os-direitos-das-criancas/>>.

⁵⁸⁴ Ibid., p. 92.

“É óbvio que os bebês e crianças não podem exercer muitos dos direitos fundamentais da Constituição por razões puramente factuais: enquanto eles não podem falar, eles não podem expressar uma opinião, se eles não podem andar, eles não podem participar de reuniões públicas por sua própria vontade, e se eles ainda não desenvolveram qualquer senso de questões espirituais, a liberdade religiosa é para eles irrelevante.”⁵⁸⁵

Constata-se, portanto, o uso de dois critérios para análise dessa categoria: a capacidade de realização, defendido por Wolfgang Roth (*Grundrechtshandlungsfähigkeit*)⁵⁸⁶, e de relevância de exercício, utilizados por Wapler e Wolfgang Rübner⁵⁸⁷, para esse entendimento de uma suposta limitação natural do exercício ou experiência fática pela criança de determina direito fundamental. Todavia, todos ressaltam que a incapacidade fática não significa a perda do direito fundamental, mas apenas que ele não pode ser realizado pelo próprio indivíduo.

O mesmo acontece com a doutrina constitucional brasileira, que propõe uma separação entre capacidade de fato e capacidade de direito, e confundindo titularidade com possibilidade de exercício, aponta que crianças não teriam a capacidade de exercer as faculdades inerentes a diversos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à liberdade de expressão ou de associação.⁵⁸⁸

Canotilho, apesar de entender a impossibilidade de aplicação dos critérios civilísticos de capacidade de fato e capacidade de direito, afirma que o direito constitucional não estaria “em condições de fornecer uma fundamentação global da

⁵⁸⁵ Tradução livre de: “Es liegt auf der Hand, dass Säuglinge und Kleinkinder viele der Freiheitsrechte des Grundgesetzes aus solchen rein faktischen Gründen nicht wahrnehmen können: Solange sie nicht sprechen können, können sie keine Meinung äußern, sofern sie nicht laufen können, können sie sich an öffentlichen Versammlungen nicht aus eigenem Willen beteiligen, und wenn sie noch keinen Sinn für spirituelle Fragen entwickelt haben, ist die Religionsfreiheit für sie (gegenwärtig) ohne Belang.” (WAPLER, 2015, p. 92).

⁵⁸⁶ ROTH, Wolfgang. **Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung**. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 31.

⁵⁸⁷ RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtsträger. Rn. 13, p. 731-792 In: INSENSEE; KIRCHHOG (Orgs). **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band IX: Allgemeine Grundrechtslehre**. Heiderlberg: C.F. Müller, 2011.

⁵⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Paulo: Saraiva, 2014, p. 174.

capacidade de exercício de direitos relativamente ao problema da idade mínima”⁵⁸⁹, propondo igualmente que em certos casos não haveria sentido reconhecer direitos fundamentais a pessoas que não os podem exercer, como o direito de reunião ao recém-nascido.⁵⁹⁰

Mendes e Branco, deixando a resolução dessa questão para a discricionariedade do julgador em cada caso concreto, defendem que: “A questão não parece encontrar resposta apriorística nas normas gerais de capacidade do Código Civil. À falta de previsão legal tópica, é de sustentar a necessidade de tratamento *ad hoc* das questões surgidas, mediante o sopesamento dos valores constitucionais envolvidos em cada caso, advertindo-se o intérprete, sempre, de que toda limitação de ordem etária a um direito fundamental deve ser compreendida como medida direcionada à proteção do menor, visando à melhor fruição pelo próprio menor do bem juridicamente tutelado”.

Contudo, compreende-se de forma fundamentalmente distinta a questão da titularidade de direitos fundamentais com relação à capacidade da criança de realizá-los, no sentido da preocupação e crítica expressos no pensamento do sociólogo Manfred Liebel⁵⁹¹ e da internacionalista Geraldine van Bueren⁵⁹².

Considerando o desenvolvimento progressivo da capacidade das crianças, elas não são desprovidas da habilidade de exercício de qualquer direito fundamental, mas os realizam ou o experienciam de forma diversa do adulto ou do indivíduo considerado plenamente capaz.

O caso do direito fundamental à liberdade de expressão é um bom exemplo. Considerando que a teoria dos princípios de Robert Alexy associa-se a uma teoria ampla do suporte fático⁵⁹³, por meio da qual diferentes ações – não somente

⁵⁸⁹ CANOTILHO. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 388.

⁵⁹⁰ Ibid. p. 387-388.

⁵⁹¹ LIEBEL, Manfred. **Kinder und Gerechtigkeit** – über Kinderrechte neu nachdenken. Weinheim und Basel: Beltz Juventa, 2013.

⁵⁹² “Obwohl die mit der Ausübung besonderer Rechte, insbesondere der Partizipationsrechte, verbundenen Implikationen sich ändern mögen, wenn Kinder älter werden und vielleicht mit längerfristigen Perspektiven und abstrakten Konzepten besser umgehen können, ist dies kein Argument, um Kindern die Ausübung des Rechts zu verweigern.” (VAN BUEREN, 1998 p. 3.).

⁵⁹³ Alexy fundamenta sua teoria dos princípios aplicada aos direitos fundamentais na teoria externa da construção de direitos, pela qual direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos.

algumas elencadas em um campo restrito – estariam no âmbito de proteção de um direito fundamental, não só formas verbais da linguagem falada seriam cobertas pelo direito à liberdade de expressão, como outras expressões corporais, ainda que inteligíveis em determinada ou subjetiva perspectiva. É o caso das múltiplas manifestações artísticas, todas no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão.

Nesse sentido, as crianças são plenamente capazes de se expressarem, mesmo antes de adquirirem a linguagem verbal formal ou sistematizada. Elas falam por meio do choro e de manifestações corporais e gestuais. Inclusive, para que possam devidamente adquirir e desenvolver a capacidade cognitiva da linguagem, necessitam se expressar corporalmente e, inicialmente, treinar a expressão comunicacional na forma de balbucios, em interações constantes, responsivas e emotivas com outras pessoas.⁵⁹⁴

Outro exemplo é o direito fundamental da liberdade de locomoção, de ir, vir e permanecer. A criança não é incapaz de se locomover ou se movimentar por si própria. Ela apenas difere na forma e expressão do ato de se movimentar, realizando-o por meio de movimentos simples e progressivamente em desenvolvimento, como a ação de virar em um colchão e o engatinhar de uma parede a outra, movimentos fundamentais e necessários para criar as bases e estruturas corporais para o devido caminhar bípede ereto.

É notório que a capacidade de crianças de realizar atos protegidos por direitos fundamentais tal qual um adulto, de forma autônoma, por si próprias, é restrita ou muito limitada. Contudo, essa pretensa limitação ou dificuldade encontra fundamento menos na real capacidade da criança e mais nos padrões de comparação impostos por uma perspectiva adultocêntrica, com foco na experiência do adulto e não nas particularidades, sutilezas e miudezas do universo da criança.

Nesse sentido, a capacidade da criança de exercer determinado direito

Ainda, associa essa ideia à teoria ampla do suporte fático, segundo a qual os direitos fundamentais comportam o maior número possível de ações dentro de sua esfera de proteção, favorecendo uma abrangência ampla e irrestrita. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. (5a ed. alemã ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag, 1986).

⁵⁹⁴ Conforme pesquisa de neurociência que demonstra os mecanismos cerebrais de aquisição da linguagem.

fundamental não pode ser analisada exclusivamente de acordo com a realidade dos adultos, mas deve ser adaptada – inclusive para devida garantia – ao universo da criança e à natureza do desenvolvimento progressivo de suas capacidades.

De acordo com essa tese, os adultos no entorno da criança devem ser os mediadores e facilitadores do desenvolvimento progressivo das capacidades e autonomia de realização dos direitos fundamentais das crianças por elas próprias, exercendo o dever de cuidado e proteção, mas respeitando sua agência e seu direito de participação e envolvimento em todos os processos e decisões que lhes digam respeito, transferindo progressivamente essa responsabilidade de mediação para a própria criança e abstendo-se de práticas de abuso de poder, dominação e manipulação⁵⁹⁵.

Esse entendimento vai ao encontro de teorias psicológicas de desenvolvimento, como às ideias do pediatra e psicanalista inglês Winnicott ou segundo às teorias de Lev Vygotsky⁵⁹⁶, que afirmam que os adultos possuem o papel de conduzir a criança da *heteronomia* para a *autonomia*, devendo ser possibilitado a participação experiencial da criança na vida social e intelectual que a circunda, inclusive no relacionamento interpessoal com outros adultos e crianças.

Outro forte argumento nesse sentido é que a perturbação ou violação do exercício desses direitos da criança, ainda que expressos e experienciados de forma diferente, pode trazer igualmente sérias consequências para o sadio e livre desenvolvimento infantil, ameaçando, inclusive, sua integridade física, psíquica e moral. É evidente que uma criança sem interação comunicativa com pessoas durante a primeira infância ou que passa todas as horas do dia deitada, sem se locomover ou interagir corporalmente, terá sérios prejuízos de desenvolvimento.

É importante destacar a ressalva de Wolfgang Roth, estudioso dos direitos da criança, pela qual entende-se que nem todo direito fundamental requer sua invocação, como, por exemplo, o direito à integridade física ou à vida, que não requerem nenhuma habilidade especial ou capacidade, apenas a faculdade de existir

⁵⁹⁵ HOLZSCHIEDER, Elisabeth. *Gerechtigkeit*. Wien: Facultas, 2009, p. 70.

⁵⁹⁶ Cf. VYGOTSKY, L. *Mind and society*. Cambridge: MIT Press, 1978.

(*So-Sein*) de qualquer pessoa.⁵⁹⁷

Uma outra forma de expressar essa preocupação é o entendimento de que direitos fundamentais, especialmente de indivíduos mais vulneráveis em uma sociedade, não deveriam ser necessariamente invocados para serem garantidos ou respeitados. Como bem demarca Menezes Cordeiro, o instituto da capacidade civil não poder ser utilizado para fins de direitos constitucionais, não havendo sentido em falar de incapacidade no âmbito do Direito Constitucional⁵⁹⁸.

Mesmo que se quisesse utilizar o conceito de capacidade no âmbito do direito público, no direito alemão o conceito de maturidade para direitos fundamentais deve ser constituída com base em uma presunção geral da capacidade, como bem observam Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, o qual é sujeito a vinculação e restrição.⁵⁹⁹ Contudo, de forma contraditória, os mesmos autores justificam as restrições aos direitos fundamentais de crianças com base em uma ideia de impossibilidade de exercício pela natureza das coisas em que a criança se encontra⁶⁰⁰, ou seja, sua impossibilidade fática de fruí-los ou demandá-los.

Importante destacar que a própria Constituição determina como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no art. 3º, IV, a não discriminação ou preconceito com base na idade, prevendo, ainda no art. 5º, XLI, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. O próprio Artigo 227 garante especificamente que a criança seja colocada a salvo de qualquer forma de discriminação. Igualmente, o art. 5º prevê que “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, (...), aos seus direitos fundamentais”.

Dessa forma, a discussão central não é se a criança tem capacidade de exercer por si só um direito fundamental em função de uma suposta limitação natural da fruição de determinado direito fundamental, mas se tem a autorização legal e garantias processuais, do Estado e dos responsáveis, para fazê-lo.

ROTH, Wolfgang, 2003, op. cit., p. 26.

⁵⁹⁸ CORDEIRO apud ALEXANDRINO, 2008, p. 399.

⁵⁹⁹ PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Grundrechte – Staatsrecht II**, 16.^a ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2015, p. 32-34.

⁶⁰⁰ Idem.

2.2.3. A autorização legal de realizar por si próprio (*Wahrnehmungsberechtigung*) direitos fundamentais

Esta categoria de análise compreende que os direitos humanos de crianças, como de qualquer outra pessoa, podem ser restringidos, conquanto que essa restrição seja constitucional e respeitando o princípio da legalidade.⁶⁰¹

Com relação à criança, aqui estão contemplados os casos em que direitos fundamentais são restringidos pela própria constituição ou por leis ordinárias de acordo com a Constituição, como as já citadas proibições do trabalho infantil (Artigo 227, § 3º, I e art. 7º, XXXIII, CF), do direito ao voto (art. 14, § 1º, c, CF) e das liberdades civis pelos institutos da capacidade civil (artigos 3º e 4º, I CC) e a necessidade de consentimento parental, como a liberdade para casar (artigos 1.517 a 1.520, CC).

Em outras palavras, no âmbito desta categoria, busca-se o entendimento e análise da capacidade de consentir da criança, o que no direito civil, por exemplo, é estabelecido como capacidade de fato ou a incapacidade originária da criança, que é considerada absolutamente incapaz até os 16 anos de idade ou relativamente incapazes entre 16 e 18 anos.⁶⁰²

Contudo, como bem assevera Wapler, a análise de quais ações dentro do espaço de proteção e suporte fático de um direito fundamental são legalmente restringíveis, rege-se pela metodologia geral do direito público constitucional, por meio de uma análise de quais circunstâncias em que um comando normativo ou

⁶⁰¹ WAPLER, op. cit., p. 93.

⁶⁰² Em tese de doutorado sobre o tema, ‘Poder Familiar e Capacidade de Exercício de Crianças e Adolescentes’, Alexandre dos Santos Cunha defende a necessidade de uma dupla diferenciação entre a incapacidade originária e a capacidade de consentir da criança, como forme de se resolver o problema da “reificação da criança”, em que os responsáveis extrapatrimoniais por uma criança, conquistem e exerçam o poder familiar “em conformidade com a autodeterminação e o desenvolvimento da personalidade do infant. Espaço de afirmação de múltiplas autonomias, a comunidade familiar contemporânea não comporta o exercício de poderes jurídicos extrapatrimoniais que não sejam justificáveis com base na cooperação e negociação entre os membros da entidade familiar, ou em uma absoluta incapacidade para consentir, resultante da imaturidade.” In: CUNHA, Alexandre dos santos. **Poder Familiar e Capacidade de Exercício de Crianças e Adolescentes**. Tese (doutorado), Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora Judith Hofmeister Martins-Costa, Porto Alegre, 2009, p. 152. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/61781/000718416.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

Estado podem intervir e impor restrições no conteúdo abarcado por um direito fundamental, sendo constitucionalmente justificável ou não.

Entende-se, portanto, que a criança é capaz de exercer seus direitos fundamentais, ainda que por meio de expressões diversas de acordo com o progressivo desenvolvimento de suas capacidades, mas em muitos casos não tem a autorização legal para fazê-lo, estando, entretanto, essa restrição também submetida ao juízo de constitucionalidade.

Como ressalta Wapler, as restrições legais a menores normalmente apresentam três argumentos: (i) a falta de maturidade, racionalidade ou capacidade de compreensão da criança; (ii) a necessidade de proteger a criança do perigo; e (iii) a primazia dos direitos parentais (*Elternrecht*)⁶⁰³ ou, no caso do Brasil, do poder familiar.

Todos esses três elementos entram em cena para regular e restringir as ações e relações da criança com o Estado, com sua família ou outros agentes sociais. Algumas, inclusive, são feitas por meio de normas constitucionais na forma de regras com comandos expressos, como a proibição de voto para menores de 16 anos e de trabalho para menores de 14 anos de idade.

Destaca-se, neste momento, a primazia legal garantida aos direitos parentais expressa pelo poder familiar, um poder e autoridade legalmente legitimados pelo Estado e concedidos aos responsáveis legais da criança para que possam impor restrições às ações das crianças sob sua responsabilidade. Esse mesmo poder permite a tomada decisões e a realização de escolhas para e no lugar da criança. Contudo, podem os pais ou responsáveis utilizarem desse direito, ou poder familiar, para realizar qualquer tipo de restrição ou decisão? Quais os limites desse direito ou poder? Existe a possibilidade de se determinar essa restrição sem a análise do caso concreto?

Para os casos que não foram previstos pela rede de normas – disposições constitucionais, tratados internacionais ratificados, leis originárias e jurisprudência

⁶⁰³ Na Alemanha, como em vários países da Europa, o instituto e conceito direito parental é utilizado como forma de se referir ao grupo de direitos que os responsáveis juridicamente pelas crianças têm para a condução da vida e comunidade familiar, com autonomia e sem intervenção do Estado ou de terceiros. No Brasil, esse conceito é similar, mas não igual, ao instituto do *poder familiar* no Direito Civil de Família.

–, detalhadoras de comandos normativos para a regulação das relações em que a criança está inserida – a doutrina, jurisprudência e normas internacionais – desenvolveram o padrão normativo ou a tradição jurídica do melhor interesse da criança (*the best interests of the child* ou *Kindeswohl*), conceito que será analisado em profundidade no próximo capítulo.

2.2.4. A reivindicação (*Geltendmachung*) processual dos direitos fundamentais

Esta categoria visa analisar a capacidade processual (*Verfahrensfähigkeit*) da criança no contexto da queixa constitucional, ou seja, a permissão legal de exercício processual em um processo constitucional perante o próprio tribunal, o qual pode também ser restringido por critérios legalmente justificados.

Tanto no Brasil como na Alemanha, a capacidade processual, genericamente, está atrelada ao processo civil. Na Alemanha, o assunto é regulado pelo § 9 da Lei sobre o processo em assuntos familiares e em matérias de jurisdição voluntária (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* – FamFG), que estipula processualmente capazes aqueles: (a) legalmente capazes pelo direito civil; (b) legalmente capazes em relação ao assunto do direito civil; (c) que completarem 14 anos e reivindicarem o abrigo da lei civil em processos relativos a sua pessoa; (d) considerados incapazes segundo o direito civil.⁶⁰⁴

Já no Brasil, o conceito de capacidade processual⁶⁰⁵ é dividido em duas categorias segundo a doutrina civilista: a capacidade de ser parte, ou seja, a faculdade da pessoa ser réu, autor ou interveniente em qualquer ação⁶⁰⁶; e a capacidade processual ou capacidade de fato ou exercício, que abrange a

⁶⁰⁴ Lei disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/famfg/_9.html

⁶⁰⁵ Destaca-se, igualmente, a discussão civilista entre capacidade de direito, aquela inerente a toda pessoa que possui personalidade jurídica, um sujeito de direito (Artigo 1º CC), e que confere aptidão para adquirir direitos, contrair deveres e capacidade de fato, que é a aptidão para exercer pessoalmente atos da vida civil, o que exclui, por exemplo, os menores de 16 anos (absolutamente incapazes) e os entre 16 e 18, relativamente capazes.

⁶⁰⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 200.

capacidade de estar em juízo⁶⁰⁷, pessoalmente, independentemente de assistência e representação.⁶⁰⁸

Contudo, não é o Código Civil nem o Código de Processo Civil que aborda diretamente o tema da capacidade processual da criança, mas sim o próprio ECA, que no seu art. 142 versa sobre sua representação processual: “menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual”.

O parágrafo único do mesmo artigo é revelador ao abordar o tema do possível conflito de interesses entre as crianças e a representação de seus pais ou responsável, afirmando que “a autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual”. E, no mesmo sentido, o CC, que estabelece em seu art. 1.692 que “sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial”.

A figura do curador especial, conforme art. 72 e incisos do Novo CPC, pode ser desempenhada por advogado ou pelos profissionais da Defensoria Pública, conforme o parágrafo único do art. 72 e da própria Lei Orgânica da instituição (art. 4º, XVI, da Lei Complementar 80/1994). Contudo, há posicionamentos interessantes no sentido de distinguir a figura do curador especial do papel desempenhado pelo defensor judicial independente para a criança, ainda que se possam se sobrepor, considerando especialmente as atribuições e os papéis distintos de cada um deles.⁶⁰⁹ Enquanto o curador teria a função de “falar pela criança”, o

⁶⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Correia de. **Curso avançado de Processo Civil**. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 244.

⁶⁰⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45.

⁶⁰⁹ Sobre isso ver: BARROS, Ana Filipa Loura. **Representação legal de menores: conflito de interesses entre representante legal e menor representado**. Dissertação de mestrado orientada pela Doutora Sandra Passinhas e apresentada à Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30066/1/Representacao%20legal%20de%20menores.pdf>>.

representante legal representa a voz e os desejos da própria criança, que fala por si só.

Todavia, independente do nome que seja dado, faz-se importante ressaltar e necessidade de um representante específico que medie – e não substitua – a voz da criança, seus desejos e opiniões com o Sistema de Justiça.

Diante das limitações fáticas da criança, como de mobilidade ou econômicas, de obter acesso direito às cortes e seus procedimentos, a presença do curador ou representante legal especial e específico à criança é fundamental para a garantia dos seus direitos nos casos judiciais em que ela esteja envolvida, inclusive sendo um dos indicadores importantes na constatação do direito de acesso à justiça da criança⁶¹⁰.

Entretanto, apesar da possibilidade de se atribuir defensor judicial específico à criança em um processo judicial pelo juiz, essa prática ainda não é plenamente utilizada, especialmente pelo entendimento de que esse é um papel que pode ser substituído pelo Ministério Público, conforme estabelecido nos artigos 162, § 4º e 201, especialmente inciso VIII, do ECA.

Considerando que, no Brasil, todo ato judicial necessita da presença de um advogado e sua capacidade postulatória – com exceção no *habeas corpus*, em processos trabalhistas ou em juizados especiais –, constata-se que a capacidade processual da criança até 16 anos no âmbito civil sempre será mediada formalmente, tanto pela representação de seus pais, responsáveis ou curadores, como por meio da atividade do advogado contratado pelos pais ou representante legal (advogado ou defensor indicado pelo juízo) ou Ministério Público. Essa mediação, entretanto, deve ser sempre limitada e orientada pelos próprios direitos materiais e processuais já previstos à criança e também por seu melhor interesse, em especial quando o melhor interesse da criança é entrar em conflito com o interesse ou autoridade parental ou dos responsáveis legais, como afirma o

⁶¹⁰ Conforme o relatório mundial realizado pelo Crin (Child Rights International Network), *Acesso à Justiça para criança*, a previsão de um advogado ou curador específico da criança em processos judiciais é um indicador importante para a garantia do direito de acesso à justiça da criança, segundo metodologia utilizada na pesquisa, disponível em: <https://archive.crin.org/en/home/law/access-justice/access-justice-children-data-and-methodology.html>

parágrafo único do art. 142 do ECA.

Constata-se, portanto, que a limitação da capacidade processual em matéria civil da criança é legitimada legalmente, no âmbito do processo civil, com base no conceito de capacidade do código civil, que no caso brasileiro é dividida entre a capacidade de direito, na qual estão todas as pessoas incluídas (art. 1º CC), e a capacidade de fato, a qual permite o estabelecimento de restrições legais, que resultam na incapacidade, em função da avaliação da falta de maturidade, da turbação da consciência e expressão da vontade por dependência química ou outras causas permanentes ou transitórias e, por fim, da prodigalidade (artigos 3º e 4º, I, II, III e IV CC).

No caso da criança, a incapacidade civil de fato no CC e processual no ECA – absoluta para menores de 16 anos e relativa para os entre 16 e 18 anos – é estabelecida com base na avaliação de sua maturidade, um conceito permeado por características relacionadas à autonomia, independência, discernimento, entendimento e experiência, ainda que fixados arbitrariamente pela legislação pelo critério etário.

Entretanto, com relação ao processo constitucional envolvendo direitos fundamentais, tanto a legislação e jurisprudência brasileira quanto a alemã são omissas em relação à capacidade processual da criança. Apesar disso, Wapler entende que no direito alemão vige o entendimento de que a capacidade processual da criança depende, igualmente, da avaliação da sua capacidade de compreensão (*Einsichtsfähigkeit*)⁶¹¹, apresentando três correntes majoritárias à tipificação dessa capacidade de compreensão pela doutrina⁶¹²: (i) aqueles que defendem a simples aplicação análoga à capacidade civil ou de previsões em disposições específicas, como a idade da maturidade religiosa em 14 anos (§ 5 RKEG) e a liberdade testamentária em 16 anos (§ 2229 BGB); (ii) os que entendem que a capacidade civil é apenas uma indicação e que a capacidade de compreensão da criança deve ser analisada caso a caso; e (iii) aqueles que fundam seu entendimento na natureza do caso e da decisão a ser tomada, postulando que quanto mais de caráter pessoal,

⁶¹¹ WAPLER, op. cit., p. 95.

⁶¹² Ibid., p. 96.

mais a opinião e a visão dos menores dever ser considerada, mesmo que a maturidade pessoal seja, ao final, um critério ainda decisivo.

Todavia, diante da importância e gravidade do conteúdo dos direitos fundamentais, a restrição da capacidade processual de indivíduos de invocar tais direitos – entendida como um próprio direito fundamental à prestação positiva do Estado⁶¹³ ou como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito⁶¹⁴ – não pode ser feita com a mesma facilidade que a determinação etária arbitrária, típica das leis civilistas, ou de acordo com a discricionariedade, permeada de subjetividade, dos aplicadores e interpretadores da lei.

No Brasil, o ECA já deixou um indicativo importante para a compreensão da questão da capacidade processual para invocação dos direitos fundamentais, conforme determinação do art. 141 do ECA, pelo qual é “garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos”, ainda que esse acesso seja mediado pelos pais, representantes legais, curador especial, advogado, defensor público ou promotor de justiça.

Nesse sentido, dentro dos órgãos do Poder Judiciário, está inserida, evidentemente, os órgãos parte do processo constitucional, como a própria Corte Constitucional, e, portanto, as ferramentas de acesso conhecidas como remédios constitucionais, como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII e LXXVII CF), *habeas data* (art. 5º, LXXII e LXXVII CF), Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX CF), mandado de injunção (art. 5º, LXXI CF), ação popular (art. 5º, LXXIII CF) e recurso extraordinário.

Com base em uma visão pautada na importância central da proteção dos direitos fundamentais em uma sociedade e da importância da valorização da criança como protagonista em temas relativos aos seus direitos constitucionais, entende-se que a criança deve possuir capacidade processual irrestrita em tema de direitos fundamentais, ainda que necessite de mediadores processuais dessa capacidade,

⁶¹³ Alexy apresenta dentro da função e estrutura dos direitos de prestação ou ação positiva estatal, os direitos fundamentais processuais e à organização (ALEXY, 2015, op. cit., p. 470).

⁶¹⁴ Cf. FORST, R. *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007.

como os próprios pais ou representantes legais, e de representantes judiciais, advogados ou defensores.

Uma teoria de direitos fundamentais voltada à maximização das proteções de todos os indivíduos de uma sociedade, especialmente os mais vulneráveis, contra às arbitrariedades e violações cometidas pelo próprio Estado ou advindas de terceiros, deve pressupor e garantir um suporte processual amplo de invocação desses direitos, prevendo não só uma forma de invocação direta, típica da lógica privada civilista, como também medidas processuais de mediação e representação da vontade e do melhor interesse daqueles que ainda não são considerados capazes ou autônomos. Para além de mecanismos de representação, inclusive independente dos responsáveis legais, é necessário um processo de escuta sensível e acolhedor das demandas e visões de mundo das crianças em qualquer processo que lhe diga respeito.

Para além de uma mera questão processual, esse é um tema central de garantia de acesso à justiça, condensado em um verdadeiro direito fundamental de prestação, por normas processuais constitucionais⁶¹⁵, algo essencial para uma “proteção jurídica efetiva”⁶¹⁶.

Ora, a consciência de um direito fundamental ou até mesmo a avaliação da maturidade (*Grundrechtsreife*) do indivíduo não pode ser critério para processualmente impedir a busca de sua fruição ou de sua não violação. A proteção de um direito fundamental não depende apenas da capacidade de invocá-lo, mas também prevê a sua não violação por parte do Estado ou particulares⁶¹⁷ apenas pelo fato de existirmos como pessoas⁶¹⁸, como os direitos fundamentais de defesa e proteção. Ou seja, a previsão processual não cessa o dever do Estado de agir ativamente, protegendo os indivíduos sem que eles necessitem solicitar proteção.

Contudo, ter a capacidade processual de invocar um direito fundamental não significa que o indivíduo, inclusive a criança nesse caso, tenha uma demanda

⁶¹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. (5a ed. alemã ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag, 1986), p. 488.

⁶¹⁶ Idem.

⁶¹⁷ Conforme teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos (*Drittwirkung*), que será analisada devidamente em item próprio neste mesmo capítulo.

⁶¹⁸ Cf. ROTH, 2003, op. cit. p. 26.

constitucionalmente legítima. Logo, essa demanda deve passar por uma avaliação da autoridade julgadora. O direito fundamental da criança ao processo constitucional garante que essa demanda será devidamente levada a sério pela comunidade de intérpretes e tomadores de decisão.

Caso não haja orientação de sua resolução nas normas já previstas ou na jurisprudência, a autoridade pode se utilizar da regra da proporcionalidade orientada, sempre pelo melhor interesse da criança envolvida no caso, conforme será analisado no próximo capítulo. Aí, então, a maturidade e outros elementos caracterizadores da autonomia da criança no caso concreto podem ser analisadas e contextualizadas diante das demandas específicas da realidade.

Assim, compreende-se que a criança deve poder sempre apresentar a demanda constitucional, sendo considerada com seriedade e sensibilidade, porém isso não garante, como em qualquer outro caso para os considerados adultos, que ela será validada constitucionalmente.

Exemplo disso seria uma criança de 10 anos apresentar demanda da violação de seu direito fundamental de liberdade de ir e vir, devido interferência em seu direito gerada pelo diretor de uma escola pública, portanto agente estatal, que a colocou “de castigo”, sentada em sua carteira, sem poder levantar ou sair da sala durante o recreio ou intervalos, como prática reiterada diária, inclusive com outras crianças, durante um mês⁶¹⁹. Não há dúvidas de que o direito da criança de ir e vir, e talvez outros, foi restringido pela decisão de um agente estatal e, nesse sentido, possibilitando que ela apresente uma queixa constitucional.⁶²⁰ Todavia, se a

⁶¹⁹ Apesar de hipotético o presente caso, a prática de castigos escolares no Brasil é ainda presente em diversas escolas, especialmente nos colégios militares (cf. ROCHA, 2013; A fórmula dos colégios militares. Istoé, disponível em: https://istoe.com.br/243465_A+FORMULA+DOS+COLEGIOS+MILITARES/; e CARPASO, Carlienne. Mãe denuncia castigo violento em escola municipal de Barras. 4.9.2018. Portal CidadeVerde.com (PI), disponível em: <https://cidadeverde.com/noticias/281626/mae-denuncia-castigo-violento-em-escola-municipal-de-barras>).

⁶²⁰ Aqui, é importante deixar claro que ao defender a capacidade processual para direitos fundamentais de crianças, não significa que se defende igualmente que todos os casos reais do universo da criança necessitem ser judicializados constitucionalmente para garantir o cessamento da violação e a reparação do dano. Ao contrário disso, acredita-se na necessidade do uso cada vez mais corrente de métodos alternativos ou mais efetivos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, especialmente em casos de crianças, que exigem maior sensibilidade do órgão e agentes decisórios. Nesse sentido, nota-se com preocupação o uso cada vez mais frente de forças policiais nos ambientes escolares, como pretensa forma de abordagem efetiva de conflitos

intervenção do agente estatal foi legítima e considerada constitucional, é uma discussão que deve ser travada por meio da análise do caso.

Ainda, importante considerar que se a criança, por qualquer motivo, engaja-se com protagonismo na invocação da proteção de qualquer direito fundamental seu violado ou ameaçado, por meio do devido remédio constitucional e de um defensor legal – ainda que sem a anuência parental ou de responsável –, o Estado, segundo o Artigo 227, tem o dever de tratar com seriedade e absoluta prioridade essa demanda processual constitucional. Não poderia, assim, sob argumento formal de uma suposta incapacidade processual constitucional, negar o recebimento da demanda, especialmente pelo dever constitucional de proteção do Artigo 227.

Até mesmo em demandas de direitos coletivos, como em relação à Ação Popular, esse protagonismo deve ser assegurado. Especificamente, na Lei da Ação Popular (Lei 4.717 de 1965), há o requisito para ser agente ativo da ação da “prova da cidadania” (art. 1º, § 3º), o que é detalhado pela lei como “título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda”. Com base em uma visão pautada na amplitude de proteção dos direitos fundamentais e da valorização da criança como protagonista também em temas de interesse público e coletivo, entende-se que uma criança também pode ser agente em uma ação popular por meio da apresentação de documento de identidade ou certidão de nascimento, posto que a mesma lei, no *caput* do art. 1º, define que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio”, e, sem dúvida alguma, crianças são igualmente cidadãs na sociedade brasileira.

Esse entendimento, tanto para demandas de natureza individual quanto para ações de natureza coletiva, está em plena consonância com as tendências internacionais. A ONU, por meio da sua Assembleia Geral em janeiro de 2012, adotou o Protocolo Opcional n. 3⁶²¹ à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que estabeleceu novas disposições processuais de comunicação de denúncias ao Comitê dos Direitos da Criança, órgão responsável pelo monitoramento de

(PRIOTTO, Elis; BONETI, Lindomar. Violência escolar: nas escolas, da escola e contra a escola. **Rev. Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 9, n. 26, p. 161-179, jan./abr. 2009).

⁶²¹ A/RES/66/138, Nações Unidas, Assembleia Geral. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/10/PDF/N1146710.pdf?OpenElement>>.

aplicação da Convenção pelos países signatários. Considerando que o *status* especial e dependente da criança pode criar dificuldades reais para que encontre remédios para a violação de seus direitos, o Protocolo prevê o acesso de uma criança ou um grupo de crianças, por si próprias ou por representantes, ao Comitê por meio da comunicação de denúncias de violação de direitos protegidos pela Convenção e pelos dois Protocolos adicionais⁶²².

Ainda, o referido Protocolo estabelece: a necessidade de regras processuais que previnam a manipulação de crianças por aqueles que as representam contra o seu melhor interesse (art. 3º); medidas de proteção (art. 4º), medidas provisórias (art. 6º) e forma de resposta pelos Estados (art. 8º); critérios para admissibilidade das denúncias (art. 7º); possibilidade de acordo amigável (art. 9º); denúncia entre Estados (art. 12); medidas do próprio Comitê em relação à consideração da denúncia (art. 10º); acompanhamento do cumprimento das recomendações feitas pelos Estados (artigos 11 e 14); e os procedimentos de investigação (art. 13).

O protocolo encoraja que os Estados façam o mesmo no nível nacional, criando mecanismos efetivos para o acesso à justiça por crianças e para proteção dos seus direitos fundamentais, divulgando amplamente o protocolo em seus territórios (art. 17). Destaca-se que tanto o Brasil quanto a Alemanha assinaram e ratificaram o referido Protocolo, com ratificações feitas em 2017 e 2013, respectivamente.

Ainda, ações de defesa de direitos coletivos ajuizadas pelas próprias crianças estão presentes em diversos casos atuais e emblemáticos em diversos países, especialmente em temas ambientais, como o caso *Urgenda versus* o Estado da Holanda⁶²³, *Plan B & 11 cidadãos do Reino Unido versus* o Governo do Reino Unido⁶²⁴, *Juliana (21 crianças) versus* os Estados Unidos⁶²⁵, *Sete crianças portuguesas versus* os 47 Estados europeus⁶²⁶.

Destaca-se, por fim, que apresentada e recebida a demanda da criança, a

⁶²² Protocolo Opcional sobre a Venda de Criança, “prostituição infantil” e pornografia infantil e Protocolo Opcional sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados.

⁶²³ Ver: <https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>

⁶²⁴ Ver: <https://planb.earth/plan-b-cases/>

⁶²⁵ Ver: <https://www.ourchildrenstrust.org/us/federal-lawsuit/>

⁶²⁶ Ver: <https://www.glanlaw.org/single-post/2017/09/24/Crowdfunding-campaign-for-climate-change-legal-action-launched>

autoridade constitucional tem ainda o dever legal de ouvir e considerar sua visão e opinião, ainda que sob a avaliação de sua maturidade, tanto por meio dos autos como por meio de outras ferramentas disponíveis no devido processo legal constitucional, conforme determina a Convenção sobre os Direitos da ONU em seu art. 12, com detalhamento do conceito de proteção pelo Comentário Geral (CG) n. 12⁶²⁷, que estabelece expressamente o direito da criança “de ser ouvida e ser levada a sério”⁶²⁸ em “processos judiciais e administrativos”⁶²⁹, “sem limitação”⁶³⁰.

O Comentário Geral prevê que o art. 12 da Convenção aplica-se a procedimentos iniciados pela criança ou por outros que afetam crianças⁶³¹, encorajando os Estados a adotarem legislações nesse sentido⁶³² e o uso de métodos efetivos ou alternativos de resolução de conflitos, como mediação ou arbitragem⁶³³, e procedimentos “acessíveis e apropriados a crianças”⁶³⁴, com “informações amigáveis a crianças, suporte adequado para *self-advocacy*, equipes treinadas apropriadamente, *design* das salas dos tribunais, vestimenta de juízes e advogados,

⁶²⁷ Cf. explicação e detalhamento do Comentário Geral (GC) n. 12 (CRC/C/GC/12) de julho de 2009 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU.

⁶²⁸ Cf. *Idem*, itens 28, 42, 45 e 90.

⁶²⁹ Cf. “Artigo 12 1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.”

⁶³⁰ Cf. item 32 do GC n. 12, *op. cit.*: “without limitation, including, for example, separation of parents, custody, care and adoption, children in conflict with the law, child victims of physical or psychological violence, sexual abuse or other crimes, health care, social security, unaccompanied children, asylum-seeking and refugee children, and victims of armed conflict and other emergencies. Typical administrative proceedings include, for example, decisions about children’s education, health, environment, living conditions, or protection.”

⁶³¹ Cf. Item 33 do GC n. 12, *op. cit.*: “The right to be heard applies both to proceedings which are initiated by the child, such as complaints against ill-treatment and appeals against school exclusion, as well as to those initiated by others which affect the child, such as parental separation or adoption.”

⁶³² *Idem*, item 33.

⁶³³ Cf. Item 32 do GC n. 12, *op. cit.*: “Both kinds of proceedings may involve alternative dispute mechanisms such as mediation and arbitration.”

⁶³⁴ Cf. item 34 do GC n. 12, *op. cit.*: “A child cannot be heard effectively where the environment is intimidating, hostile, insensitive or inappropriate for her or his age. Proceedings must be both accessible and child-appropriate. Particular attention needs to be paid to the provision and delivery of child-friendly information, adequate support for self-advocacy, appropriately trained staff, design of court rooms, clothing of judges and lawyers, sight screens, and separate waiting rooms.”

monitor ou tela de observação, e salas de espera separadas”⁶³⁵; e, ainda, o estabelecimento de ambientes livres de “intimidação, hostilidade, insensibilidade”⁶³⁶.

O Brasil, seguindo o mesmo entendimento, aprovou a Lei n. 13.431 de 2017, conhecida como Lei da Escuta Protegida, que garante a escuta da criança vítima de violência, no âmbito de um processo judicial, por meio de práticas sensíveis e amigáveis, prevendo: o direito de ser ouvido ou permanecer em silêncio (art. 5º, VI), receber assistência qualificada jurídica e psicossocial que facilite sua participação no processo (art. 5º, VII), entre outros; uma escuta especializada e procedimentos especiais (art. 7 a 12); a integração com outras políticas de atendimento (art. 13 a 22); e, ainda, a possibilidade de criação de um juizado ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente (art. 23).

Nesse sentido, quatro formas de envolvimento das crianças em processos decisórios que impliquem seu direito fundamental podem ser observadas: (i) ser informada acerca dos detalhes e consequências das decisões; (ii) expressar uma opinião informada acerca do tema a ser decidido; (iii) ter sua opinião levada em consideração; (iv) ser a principal decisora no caso.⁶³⁷

Esse envolvimento e participação da criança em todos os processos decisórios que lhe digam respeito é, em verdade, a expressão de um direito fundamental à organização da vontade estatal, uma subgrupo do direito à prestação do Estado em sentido amplo.

2.3. Os direitos fundamentais das crianças no Artigo 227

Referendando a teoria do *status* de Jellinek⁶³⁸, o qual separa os direitos fundamentais por funções ou posições globais abstratas (*status* passivo, *status* negativo, *status* positivo e *status* ativo), Robert Alexy defende a importância de se analisar, para além do conteúdo, as características formais dos direitos

⁶³⁵ Idem.

⁶³⁶ Idem.

⁶³⁷ LANSDOWN, op. cit., p. 4.

⁶³⁸ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2 ed., Tübingen: Mohr, 1905.

fundamentais, como forma de se evitar obscuridades e contradições em suas aplicações.⁶³⁹

Nesse sentido, será feita no presente item uma análise com foco nas características formais dos direitos fundamentais de crianças previstos no Artigo 227, classificando-os em quatro grupos segundo suas funções⁶⁴⁰: (i) o direito de defesa ou de afastar ações estatais (*Abwehrrechte*)⁶⁴¹; (ii) o direito a prestações em sentido amplo (*Leistungsrechte*), que, por sua vez, é subdividido, conforme propõe Alexy, em três grupos: (iia) direitos fundamentais à proteção, (iib) direitos fundamentais à organização e procedimento e (iic) direitos fundamentais sociais ou direitos à prestação em sentido estrito⁶⁴²; (iii) o direito à igualdade; e (iv) o direito à solidariedade⁶⁴³.

Antes disso, é importante destacar que o Artigo 227 – para além de somente repetir direitos fundamentais já previstos a todos por outros artigos da Constituição Federal (artigos 5º, 6º e 7º etc.), algo visto como redundante para alguns ou como técnica legislativa para reforço do *status* constitucional da criança⁶⁴⁴ – positiva direitos novos, sendo alguns direcionados somente à criança: o direito à prioridade absoluta dos seus direitos, o direito ao respeito, o direito à convivência familiar e comunitária, o direito à proteção especial e o direito ao cuidado livre de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ressalta-se que, apesar da especificação de direitos fundamentais do Artigo 227, a criança, como bem relembra o art. 3º do ECA, goza de “todos os direitos inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral”, ainda que esteja em um estágio peculiar, pelo qual suas capacidades são desenvolvidas

⁶³⁹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 274.

⁶⁴⁰ Conforme proposta e estrutura apresentada por Martin Borowski (cf. BOROWSKI, Martin. Grundrechte als Prinzipien, Heidelberg: Nomos, 2007, p. 231), acrescida do direito à solidariedade.

⁶⁴¹ PIEROTH; SCHLINK; KINGREEN; POSCHER. Grundrechte Staatsrecht II, 31. **Auflage**. Heidelberg: C.F. Müller, item 60, p. 17.

⁶⁴² ALEXY, 2015, op. cit., p. 433-434.

⁶⁴³ Somada à estrutura utilizada tanto por Borowski quanto por Alexy, inclui-se também o direito geral à solidariedade, como aspecto importante de análise para a discussão de direitos fundamentais no Brasil, em especial para os direitos da criança.

⁶⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. In: **Poder Constituinte e Poder Popular**. Malheiros, 2002, p. 207-6. “José Afonso da Silva falar do artigo dele, afirma que a Constituição teria sido minuciosa e redundante na previsão de direitos e situações subjetivas envolvendo crianças e adolescentes, uma vez que especifica, em relação a eles, direitos já consignados para todos em geral.”

progressivamente e seus direitos vivenciados de forma própria.

Ainda, registra-se que alguns direitos previstos no Artigo 227 são direitos fundamentais completos, os quais apresentam-se como uma abrangente, multifacetada e complexa união de um feixe de posições de direitos fundamentais com diferentes conteúdos e diferentes estruturas.⁶⁴⁵

Isso significa que um direito fundamental completo pode apresentar-se com normas de diferentes funções a uma disposição de direitos fundamentais, como, por exemplo, no caso do direito à vida, à dignidade, à liberdade, ao respeito, ao cuidado e ao tratamento livre de violência em sentido amplo, o direito à justiça juvenil, o direito à convivência familiar e comunitária e o direito à absoluta prioridade dos direitos fundamentais e do melhor interesse de crianças⁶⁴⁶.

2.3.1. Direitos de defesa ou afastamento

Faz parte dos direitos de defesa ou afastamento os direitos fundamentais pertencentes à tradição liberal, ou à primeira geração⁶⁴⁷, pelos quais a esfera de liberdades de uma pessoa é guardada contra a intervenção de um poder estatal, como forma de manter sua liberdade.⁶⁴⁸ São direitos dos cidadãos ações estatais negativas, ou seja, que o Estado se abstenha de interferir nos direitos e liberdades do indivíduo ou coletivo.⁶⁴⁹

O direito geral à liberdade, previsto no art. 5º da Constituição, ainda que protegido pelos direitos de defesa em formas específicas de liberdade (direitos civis e políticos), pode ser visto como um direito fundamental autônomo, como aponta Alexy ao analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que defende a tese de que esse direito é autônomo, pois garante a liberdade geral de ação

⁶⁴⁵ ALEXY, 2015, op. cit., p. 249-254.

⁶⁴⁶ O direito da criança à prioridade absoluta dos seus direitos fundamentais e do seu melhor interesse será detalhado com profundidade no próximo capítulo.

⁶⁴⁷ Apesar de entender inadequada a divisão de direitos conforme gerações, como se fossem instutos jurídicos com nascimentos temporais, registra-se essa nomenclatura como forma de dialogar com os termos usuais encontrados nas discussões usuais sobre direitos fundamentais.

⁶⁴⁸ BOROWSKI, 2007, op. cit., p. 231.

⁶⁴⁹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 196.

humana, de se fazer ou deixar de fazer o que se quer.⁶⁵⁰

No caso da criança, esse direito geral à liberdade é expressamente restringido pelos poderes e autoridade concedidos pelo Estado aos responsáveis legais pela criança, conhecido por poder familiar ou, em outras tradições jurídicas, direitos parentais, expressos constitucionalmente no art. 226, § 7º e § 5º, que prevêm que o planejamento familiar, direitos e deveres da sociedade conjugal é livre decisão do casal, vedando “qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”, mas que devem ser guiados pelo princípio da “paternidade responsável”⁶⁵¹.

Essa mesma preocupação é manifestada no art. 5º da CDC/ONU, que garante o respeito dos Estados aos direitos e deveres dos pais na orientação de seus filhos, no art. 100, pelos princípios da intervenção mínima (inciso VII) e da responsabilidade parental (inciso IX) e, especialmente, no art. 1.630 do CC, que determina que “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”, e no art. 1.631. Nesse sentido, o direito à liberdade geral da criança, dada a sua condição peculiar, traduz-se, igualmente, em um direito de proteção, como será visto no próximo item.

Os direitos previstos no Artigo 227, que apresentam essa função de defesa contra uma ação do Estado ou seus agentes, são: o direito à vida, o direito à dignidade, o direito à liberdade, o direito ao respeito, o direito à convivência familiar e comunitária, o direito à justiça juvenil e o direito de ser cuidada e tratada livre de violência em sentido amplo.

Com relação ao direito à liberdade, o ECA, em seu art. 16, detalha algumas normas desse direito, como: “I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opinião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação”.

Destacam-se, desse rol, o direito de ir, vir e estar nos logradouros públicos –

⁶⁵⁰ Ibid., p. 343.

⁶⁵¹ Como forma de incluir a mulher mãe, o termo mais adequado é parentalidade responsável.

tendo em vista que historicamente, especialmente durante a vigência do Código de Menores e da política da Funabem, crianças em situação de vulnerabilidade nos espaços públicos eram apreendidas e encaminhadas às instituições estatais de internação e privação de liberdade⁶⁵², e não para instituições de acolhimento e assistência social. Ainda, importante ressaltar o direito ao brincar, segundo o qual a criança poderia afastar interferências estatais indevidas, como a necessidade de matrícula escolar antes dos 6 anos⁶⁵³ ou a inexistência de horários de recreios ou tempos de brincadeira no ambiente escolar.

O direito à convivência familiar e comunitária – que abrange o “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”, conforme o art. 19, *caput* do ECA – corresponde, assim, no direito de defesa da criança de afastar intervenção do Estado considerada indevida e com o intuito de separá-la de sua família, como em processos de suspensão ou destituição do poder familiar.

O direito à justiça juvenil, previsto no inciso V, § 3º do Artigo 227, garante o afastamento da aplicação por parte do Estado do direito penal e suas sanções, por meio da inimizabilidade penal dos menores de 18 anos do art. 228 da CF, garantindo à criança “brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade”.

Ainda, cabe destacar o direito de defesa relativo ao direito de ser cuidada e tratada livre de violência em sentido amplo, no qual o Estado deve se abster de cometer as chamadas violências institucionais, pelas quais agentes estatais e executores de políticas públicas, inclusive judiciárias, devem se abster de restringir

⁶⁵² Ver Capítulo 1.

⁶⁵³ Conforme afirmou a então presidente do STF, ministra Carmem Lúcia, voto de minerva ADC 17/ADPF 262 que debateu a idade mínima para ingresso no ensino fundamental formal: “A criança tem que cumprir a fase inclusive para brincar, que é uma forma também de aprender, mas fora do sistema educacional”. O ministro Marco Aurélio, no mesmo julgamento, também afirmou, ao votar a favor das regras do CNE: “Defendo o direito de ser criança” (BRÍGIDO, Carolina. STF confirma regra sobre idade mínima para matrícula em escola pública. **Jornal O Globo**, 1 ago.2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/stf-confirma-regra-sobre-idade-minima-para-matricula-em-escola-publica-22939849>>.)

ou violar direitos constitucionalmente protegidos de crianças, como, por exemplo, nas abordagens ou ações policiais, nos procedimentos dentro do Sistema de Justiça⁶⁵⁴, no cuidado realizado dentro de instituições estatais – como nas instituições de socioacolhimento ou de socioeducativo – e outros espaços comunitários, como creches, escolas ou hospitais, entre outros.

2.3.2. Direitos a prestações em sentido amplo ou à ação estatal positiva

Direito a prestações em sentido amplo é todo direito a uma ação positiva por parte do Estado, um conceito exatamente oposto ao direito de defesa⁶⁵⁵, sendo dividido entre (1) direitos fundamentais à proteção, (2) direitos fundamentais à organização e procedimento e (3) direitos fundamentais sociais ou direitos à prestação em sentido estrito.⁶⁵⁶

2.3.2.1 Direitos à proteção

Direitos à proteção são aqueles que garantem o titular a proteção do Estado contra intervenções de terceiros.⁶⁵⁷ São direitos concedidos por normas vinculantes e representam, majoritariamente, direitos subjetivos, os quais podem, igualmente, ser restringidos por meio de uma intervenção constitucionalmente justificada quando essa ação não for comprovadamente necessária pela avaliação da proibição de ações insuficientes (*Untermassverbot*) ou de outros critérios materiais do caso

⁶⁵⁴ Tal preocupação foi detalhada pela Lei n. 13.431 de 2017, conhecida como Lei da Escuta Protegida, que estabeleceu: “Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade. Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária. Art. 9º A criança ou o adolescente será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento. Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência. Art. 11. O depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado.”.

⁶⁵⁵ ALEXY, 2015, op. cit., p. 442.

⁶⁵⁶ Ibid., p. 433-434.

⁶⁵⁷ Ibid., p. 450.

concreto.⁶⁵⁸

Contudo, todas as ações que promovam a proteção dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente são necessárias e obrigatórias *prima facie* e seu não cumprimento constitui uma restrição do direito do indivíduo à proteção.⁶⁵⁹

O direito à proteção tem especial importância para a dimensão dos direitos da criança, uma vez que ela possui possibilidades limitadas de se defender contra terceiros, dada sua condição peculiar de desenvolvimento, e, portanto, maior vulnerabilidade e suscetibilidade, inclusive perante ao poder familiar exercido por seus pais ou responsáveis legais.

Nesse sentido, a relação triangular entre criança, Estado e família é constantemente permeada pelos direitos da criança à proteção, pelos quais se legitima, sempre de acordo com o princípio da legalidade, a intervenção estatal no ambiente privado da família, com diversos graus de força e intensidade; desde pela determinação de condutas parentais cotidianas, como o dever de cuidado com itens básicos, como saúde e educação, até pela possibilidade de suspensão ou destituição do poder familiar em casos de abuso ou negligência.

Como já mencionado, o direito à liberdade geral da criança é restringido pelo poder familiar concedido pelo Estado aos responsáveis legais. Fundamenta-se essa restrição do direito geral à liberdade da criança por sua própria necessidade de ser cuidada, em função do seu estágio peculiar de desenvolvimento e, de certa forma, maior dependência física, psíquica e emocional para um sadio e progressivo desenvolvimento de suas capacidades. Todavia, esse poder familiar é limitado pela determinação constitucional da parentalidade responsável e pelos próprios direitos fundamentais da criança, que garantem o direito de proteção do Estado contra a restrição ou violação indevida de seus direitos expressos no Artigo 227, possibilitando, inclusive, a perda desse poder familiar, conforme disposições do art. 1.638 do CC.

Destaca-se outra relação triangular estabelecida entre criança, Estado e membros ou instituições da sociedade que impactam direta ou indiretamente a

⁶⁵⁸ Ibid., p. 450.

⁶⁵⁹ BOROWSKI, 2007, op. cit., p. 338.

criança, como cuidadores alternativos (professores, médicos etc.) e ações de entidades privadas (empresas ou organizações sem fins lucrativos)⁶⁶⁰. Igualmente, em função dos direitos de proteção previstos no Artigo 227, a criança tem o direito de ações positivas por parte do Estado para evitar que seus direitos sejam perturbados ou violados por ações desses agentes sociais. Exemplo disso é o dever estatal de proteção da criança contra ações violadoras de seus direitos por parte de empresas e suas ações diretas ou indiretas que geram impactos negativos aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Aqui, destaca-se o direito à vida como direito de não ser morto, contra uma ação de homicídio, penalmente tutelado, ou em tipos penais próprios, como o crime de infanticídio do art. 123 do CP.

Especificamente à criança, foi garantido pelo Artigo 227 o direito ao respeito e o direito ao cuidado e tratamento livre de violência em sentido amplo, pela necessidade, prevista no *caput*, de colocá-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O direito ao cuidado livre de violência em sentido amplo garante que o Estado proteja a criança contra ações de terceiros que possuem igualmente o dever de cuidado, como os próprios pais e familiares ou agentes sociais, como professores e médicos. Nesse sentido, tanto o Código Penal em seu art. 136 quanto os artigos 13 e 130 do ECA exprimem normas expressas de proibição aos maus-tratos, ou seja, “expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina”.

Esse direito é detalhado no art. 18-A do ECA, introduzido pela Lei n. 13.010 de 2014 (Lei do Menino Bernardo), garantindo à criança e ao adolescente “direito de serem educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer

⁶⁶⁰ Tanto na relação triangular entre criança, Estado e família, quanto entre criança, Estado e agentes sociais, pode-se aventar a possibilidade do estabelecimento de uma eficácia horizontal dos Direitos fundamentais, especialmente pela consideração de que a relação com a criança por parte dos pais ou de agentes sociais é demarcada por grande desequilíbrio de poder, pelo qual a criança está em um estado intenso de sujeição às ações e pressões externas exercidas por esses agentes.

outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los”.

Dessa forma, é possível depreender desse direito expresso de ser cuidado livre de violência um outro direito: o direito positivo de ser cuidado e educado com afeto ou, ainda, com amor, especialmente considerando a importância do afeto responsivo nas relações com a criança e também na perspectiva do seu desenvolvimento cerebral, fundamento para a progressão sadia de suas capacidades.⁶⁶¹

Ainda que não seja recomendado a judicialização ou caracterização como ilícito civil⁶⁶² desse direito ao afeto – especialmente pela dificuldade de sua materialização substantiva –, ele aparece como importante componente na avaliação das capacidades e responsabilidades parentais, especialmente em casos de suspensão ou destituição do poder familiar baseado em negligência, como será visto na última parte da presente tese. Nesse sentido, o direito da criança ao afeto em face do Estado é bem expresso pelo art. 226, § 7º, que estipula como competência do Estado propiciar os recursos educacionais e científicos para o exercício do direito parental ao planejamento familiar e da parentalidade responsável. Assim, o Estado tem o dever de auxiliar pais e mães em seus deveres de cuidado, inclusive afetivo, de seus filhos.

O direito da criança ao afeto é expressado também no conceito da responsabilidade civil parental por abandono afetivo⁶⁶³, algo controverso e em debate pela doutrina e jurisprudência, inclusive do STJ, que possui decisões a favor⁶⁶⁴ e contra⁶⁶⁵ a existência do ilícito civil pelo abandono afetivo. Tal dever ou

⁶⁶¹ Cf. explicitado no item 2.1.2 do presente Capítulo.

⁶⁶² Como nos casos judiciais embasados pela tese da responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

⁶⁶³ Para Rodrigo Pereira, presidente nacional do IBDFAM, “o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível” (PEREIRA, Rodrigo. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401).

⁶⁶⁴ STJ, REsp 1.159.242/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24/04/2012, DJe 10/05/2012;

responsabilidade civil parental, segundo seus defensores, estariam previstos nos seguintes artigos do CC: art. 186, que determina como ato ilícito a negligência civil por ação ou omissão; art. 927, que prevê obrigação de reparação para quem sofreu dano de ato ilícito; e art. 1.638, por uma interpretação extensiva das hipóteses de perda do poder familiar nos incisos II, “deixar o filho em abandono”, e III, “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”.

Já o direito ao tratamento livre de violência em sentido amplo é aquele que demanda do Estado uma ação positiva no sentido de proteger a criança contra ações de agentes sociais, que não exercem um cuidado direto, mas por suas ações impactam crianças e adolescentes, como o caso de atividades mercantis, que muitas vezes exploram comercialmente as crianças no local do trabalho (como a proibição do trabalho infantil ou a regulação do trabalho artístico), no mercado (como a publicidade infantil) e nas comunidades (como exploração sexual, poluição ou segurança das instalações etc.). Aqui destaca-se, por exemplo, o tema da publicidade infantil e o direito da criança de ser protegida contra a exploração comercial realizada pelo direcionamento de comunicação mercadológica às crianças menores de 12 anos de idade, prática considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor (artigos 36, 37 e 39) e pela Resolução n. 163 do Conanda, confirmados por decisões no âmbito do STJ.⁶⁶⁶

Ainda, o § 4º do Artigo 227 prevê especificamente o direito de proteção contra “o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Importante destacar, contudo, que no tema da proteção da dignidade sexual de criança, prefere-se falar em ofensa e não abuso sexual, uma vez que abuso é um termo que pressupõe relativização de um limite tolerável ou intolerável, o que não é o caso para qualquer ofensa sexual contra crianças.

Ressalta-se, ainda, que o direito à proteção da criança foi qualificado como especial pela Constituição e integral pelo ECA. O direito à proteção especial do § 3º e seus incisos garantem direitos a ações positivas do Estado, mas somente o

⁶⁶⁵ STJ, AREsp 1.071.160/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJE 19/06/2017

⁶⁶⁶ MIGALHAS, **Julgamento histórico: STJ proíbe publicidade dirigida às crianças**, 10.3.2016. Disponível em:<<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235576,101048Julgamento+historico+STJ+proibe+publicidade+dirigida+as+criancas>>

estabelecimento da idade mínima dos 14 anos para o trabalho apresenta-se como direito de proteção em sentido estrito.

Já o direito à proteção integral como função de direito de proteção pelo Estado contra intervenção de terceiros expressa-se como qualificadora de todos os direitos de proteção, pelos quais há a necessidade de se proteger todas as dimensões existenciais da criança e seu “desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social”, em sua integralidade, como também de todos os direitos e por meio de medidas de proteção integradas, esta última também um direito de organização.

Por fim, destaca-se a qualificação do direito da criança à proteção pelo Estado com absoluta prioridade, resultando no dever do Estado de colocar em primeiro lugar nas suas preocupações, ações e decisões à proteção da criança contra a intervenção indevida de terceiros em seu universo de direitos fundamentais.

2.3.2.2. Direitos à organização e procedimento

Os direitos à organização e procedimento são aqueles que garantem normas procedimentais, que garantam o devido procedimento (*due process*) para demanda e evocação dos direitos no âmbito (i) do direito privado e (ii) dos procedimentos judiciais e administrativos, e normas de organização, por meio das quais são demandadas do legislador ações específicas para a estrutura jurídica do Estado, para “regular a ação conjunta de diversas pessoas na persecução de determinadas finalidades”⁶⁶⁷, subdivididas em normas para (iii) organização em sentido estrito e (iv) para formação da vontade estatal.⁶⁶⁸

Como relação à criança, destaca-se que o direito à prioridade absoluta dos seus direitos e do seu melhor interesse garante que em todos os procedimentos e estruturas jurídicas organizacionais do Estado, a criança, seus direitos e melhor interesse sejam colocados em primeiro lugar. Isso garante prioridade objetiva nas relações civis, nos procedimentos judiciais e administrativos⁶⁶⁹, na atividade

⁶⁶⁷ ALEXY, 2015, op. cit., p. 490.

⁶⁶⁸ Ibid., p. 483-484.

⁶⁶⁹ Conforme especificado pelo Artigo 1.048 do novo CPC, que garantiu prioridade dos processos e autos relativos aos procedimentos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

legislativa de organização jurídica do Estado e também em todas as deliberações que formam a vontade estatal, as quais devem ter sempre como objetivo a prioridade absoluta do melhor interesse da criança, conforme detalha os artigos 4º e 100º do ECA.

Especificamente em relação às normas procedimentais no âmbito do direito privado, que “são direitos a competências de direito privado em face do Estado a que este crie normas constitutivas para as ações de direito privado”⁶⁷⁰ para que determinadas ações constitucionalmente garantidas possam ser realizadas, destacam-se as normas previstas na Constituição que determinam mudanças significativas no âmbito da lei civil, como as normas constitucionais sobre filiação, sucessão e adoção, previstas nos parágrafos 5º e 6º do Artigo 227.

Um detalhamento do direito à prioridade absoluta no âmbito dos procedimentos civis é o § 5º do art. 102 do ECA, introduzido pelo Marco Legal da Primeira Infância, que garante à criança prioridade absoluta nos processos de “registros e certidões necessários à inclusão, a qualquer tempo, do nome do pai no assento de nascimento são isentos de multas, custas e emolumentos”.

Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos são aqueles essenciais para uma proteção jurídica efetiva, por meio dos quais é permitida a proteção dos direitos materiais dos titulares de direitos fundamentais e de posições jurídicas existentes em face do Estado e de terceiros. Com relação às crianças, destacam-se as determinações específicas dos incisos IV e V, § 3º do Artigo 227, amplamente detalhadas pela legislação especial do ECA e que garantem procedimentos judiciais específicos para a justiça juvenil dos adolescentes em conflito com a lei, como “igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado” ou “brevidade e excepcionalidade” da restrição de liberdade.

É fundamental registrar o direito da criança ter em todo processo judicial ou administrativo em que esteja envolvida, seu melhor interesse avaliado e levado em consideração com absoluta prioridade, conforme determina o *caput* do Artigo 227, o art. 3º da CDC/ONU e o art. 100, IV do ECA. O que significa que nos processos

⁶⁷⁰ Ibid., p. 484.

justificatório e deliberativo, o melhor interesse da criança deve ser o objeto central de análise e objetivo final.

Nesse sentido, a criança, como titular de direitos fundamentais, possui o direito fundamental de acesso, mediado ou direto, a processos de evocação dos direitos fundamentais perante às autoridades competentes, inclusive ao próprio STF, como já ocorrido em casos de impetração de *habeas corpus* nos quais crianças eram pacientes.

Já com relação às normas de direitos fundamentais de organização em sentido estrito, aquelas direcionadas aos legisladores⁶⁷¹, destacam-se o § 2º do Artigo 227, que determinou que “a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência”. Ainda, registra-se as disposições constitucionais do art. 228, que garantiu a maioria penal em 18 anos e a necessidade de uma legislação especial para crianças, e o § 3º, I do art. 220, que previu a regulação por lei federal da classificação indicativa de diversões e espetáculos públicos, o que foi feito pelo ECA no art. 74 ao 80. Inclusive, foi justamente no estabelecimento da política de classificação indicativa que pela primeira vez, desde 1990, um dispositivo do ECA foi considerado inconstitucional pelo STF, que julgou a vinculação horária prevista no ECA restritiva da liberdade de expressão dos meios de comunicação e da indústria de radiodifusão no Brasil.⁶⁷²

Por fim, o direito à organização, pelo qual se tem o direito em face do Estado para que ele “crie procedimentos que possibilitem uma participação na formação da vontade estatal”⁶⁷³. Nesse sentido, importante considerar o art. 12 da CDC/ONU, reforçado pelo parágrafo único do art. 4º do Marco Legal da Primeira Infância, que garante à criança o direito de participação processual da criança, como o “direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de

⁶⁷¹ Ibid., p. 490.

⁶⁷² STF. Em vigor há 25 anos, ECA teve apenas um dispositivo julgado inconstitucional pelo STF. 22 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=296108>>.

⁶⁷³ ALEXY, 2015, op. cit., p. 498.

acordo com a sua idade e maturidade”, inclusive em processos judiciais e administrativos, os quais devem ser acessíveis, sensíveis e amigáveis, inclusive no estabelecimento dos procedimentos de escuta e participação da criança no processo, conforme determina a Lei 13.431 da escuta protegida. Ainda, é importante mencionar o direito ao voto permitido aos maiores de 16 anos, conforme art. 14, § 1º, II, c.

2.3.2.3. Direitos sociais ou direitos a prestação em sentido estrito

Os direitos sociais em sentido estrito são os direitos *prima facie* vinculantes⁶⁷⁴ do indivíduo em face do Estado a prestações por meio de ações estatais positivas de bens sociais, como saúde, trabalho, moradia e educação⁶⁷⁵, os quais são tão importantes que a decisão de garanti-los ou não não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.⁶⁷⁶ Nesse âmbito, em função da natureza social garantista da Constituição 1988, há diversas normas de direitos sociais previstas constitucionalmente às crianças.

Inicialmente, cumpre reafirmar que o direito fundamental à prioridade absoluta dos direitos e melhor interesse da criança é norma completa vinculante que permeia todas as ações e decisões estatais, inclusive no âmbito das prestações de políticas públicas sociais. Nesse sentido, e conforme será analisado em profundidade no próximo capítulo, pode-se afirmar que há o direito fundamental à prioridade absoluta em sentido amplo e o direito à prioridade absoluta em sentido estrito.

Em sentido amplo, como um direito completo, o direito à prioridade absoluta da criança apresenta-se como uma qualificação, uma norma de segunda ordem, para a defesa e prestação ampla de todos os direitos fundamentais a ela previstos no *caput* do Artigo 227 da Constituição.

Em sentido estrito, o direito à prioridade absoluta expressa uma precedência incondicionada de prestação por parte do Estado nas políticas públicas e

⁶⁷⁴ Ibid., p. 516.

⁶⁷⁵ Ibid., p. 499.

⁶⁷⁶ Ibid., p. 511.

orçamentárias de efetivação dos direitos sociais, em todas as dimensões de sua atuação positiva na sociedade, conforme bem detalhado no art. 4º do ECA, e suas alíneas são específicas no direito da criança de (a) primazia em receber proteção e socorro, (b) precedência de atendimento nos serviços públicos, (c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e (d) destinação privilegiada de recursos públicos.

Ou seja, o direito fundamental à absoluta prioridade em sentido estrito é um direito social em face do Estado para que as crianças estejam em primeiro lugar nas prestações estatais em sentido estrito. Tal determinação expressa direitos individuais e coletivos em face do Estado, determinando um dever estatal vinculante de satisfazer essas demandas.

Ainda, outros direitos sociais são previstos no Artigo 227. O § 1º do mesmo artigo determina que o Estado “promoverá programas de assistência integral à saúde da criança”, com “aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil” (inciso I) e criação de programas especializados à criança com deficiência (inciso II). O § 7º prevê que o atendimento dos direitos da criança será realizado com os recursos do orçamento da seguridade social (art. 204 CF). No § 3º, incisos II, III, e VII, há, respectivamente, a previsão dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários, do acesso do trabalhador adolescente à escola e da existência de programas de prevenção e atendimento especializado para dependentes de entorpecentes e drogas.

Por fim, destacam-se outras normas constitucionais que garantem direitos sociais às crianças, como o art. 7º, XXV, que prevê assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até os 5 anos de idade, em creches e pré-escolas, e o art. 203, que determina expressamente que o amparo a proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência (inciso I) e às crianças e adolescentes (inciso II) é um dos objetivos centrais da assistência social.

2.3.3. Direito à igualdade

O direito à igualdade, advém em seu sentido amplo do *caput* do art. 5º da

CF, que consagra que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, tendo como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos ou discriminações, inclusive de idade (art. 3º, IV), como também garantido pelo *caput* do Artigo 227.

Contudo, como lembra Alexy, isso “não pode significar nem que o legislador tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas”⁶⁷⁷. Esse mesmo direito, para ter algum conteúdo, “não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção”. Para resolução de tal desafio, Alexy ressalta a fórmula “coluna vertebral” da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão⁶⁷⁸, “o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente”, que pode ser qualificada pela fórmula “o substancialmente igual não pode ser tratado desigualmente”, pela qual tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos.⁶⁷⁹

Por essa análise, Alexy propõe que o enunciado geral de igualdade é “um princípio de igualdade, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos”⁶⁸⁰, um direito fundamental como feixe de direitos subjetivos com as estruturas mais variadas, não somente no sentido de um direito de *status* negativo.⁶⁸¹

Com relação à criança, esse complexo e multifacetado direito à igualdade é muito importante, uma vez que a criança se encontra em uma situação fática de extrema desigualdade com relação aos adultos, o que gera ao mesmo tempo um dever do Estado de tratamento igual, pelo qual seus direitos fundamentais são respeitados e levados a sério, e um dever de tratamento desigual, pelo qual se garante proteção e cuidado adequados para assegurar o seu sadio e progressivo desenvolvimento.

Nesse sentido, diversos direitos do Artigo 227 compõem esse feixe do

⁶⁷⁷ ALEXY, 2015, op. cit., p. 396.

⁶⁷⁸ ALEXY, 2015, op. cit., p. 397.

⁶⁷⁹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 407.

⁶⁸⁰ ALEXY, 2015, op. cit., p. 411.

⁶⁸¹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 432.

direito da criança à igualdade, como o próprio direito à prioridade absoluta, direito à proteção contra discriminação e o direito ao respeito.

Especificamente, o Artigo 227 garante direito de igualdade entre crianças filhas da mesma família, ao determinar no seu § 6º que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, como forma de enfrentar o histórico tema de tratamento jurídico desigual dado à criança adotada, acerca dos direitos de sucessão etc.

Ainda, nessa dimensão de igualdade horizontal entre crianças, o direito à igualdade garante que nenhuma criança seja tratada de forma diferente por parte do Estado, independentemente de gênero, raça, classe, nacionalidade etc. Isso significa que cada criança possui o direito em face do Estado de ser tratada com igualdade nos serviços e instituições sociais de interesse público, como nas instituições de socioacolhimento e do socioeducativo, no Sistema de Justiça e seus procedimentos, nos sistemas de saúde e educação, garantindo a todas as crianças condições iguais de oportunidade e acesso a bens e serviços de relevância pública.

Destaca-se, ainda, o direito ao respeito, que, apesar da dificuldade de definição, relaciona-se ao direito de igualdade na medida em que possibilita à criança o direito de ser respeitada em sua condição, tratada igualmente como cidadã, sujeito de direito e titular de direitos fundamentais. Janusz Korczak, ao analisar o direito da criança ao respeito, ressalta que esse respeito abrange de pequenos a grandes atos e relações para com a criança, como o respeito aos segredos das crianças e, também, ao seu orçamento e propriedade.⁶⁸²

Respeitar a criança e seus direitos é permitir que seus direitos fundamentais sejam levados a sério, tratando a criança como titular de direitos fundamentais com igualdade no seu reconhecimento, mas com especial e sensível desigualdade no seu cuidado e proteção.

O direito da criança à igualdade, expressa no direito fundamental ao respeito, abrange também o direito de a criança ser escutada e considerada não só pelo Estado em suas decisões, mas também nos pequenos cotidianos familiares.

⁶⁸² KORCZAK, Janusz; DALLARI, Dalmo. 1896, op. cit., p. 88-89.

Respeitar a fala infantil por meio de uma escuta atenta, sensível e poética⁶⁸³ é, talvez, uma das formas mais concretas de igualdade no universo da criança, talvez um dos exercícios mais democráticos, ao permitir o encontro do adulto com o diverso universo do sentir, pensar e falar das crianças, ou como bem asseverou Korczak, um adulto “não deve se abaixar até a criança, mas elevar-se a ela, e ao seu modo de ver e compreender as coisas”.

2.3.4. Direito à solidariedade

A existência de um direito fundamental autônomo e geral à solidariedade, especialmente de indivíduos e grupos mais vulneráveis em uma sociedade, não foi tema abordado na teoria dos princípios de Alexy, muito provavelmente devido ao fato de a Constituição alemã não mencionar o conceito em seu texto.

Contudo, seria possível conceber a ideia de uma nova função autônoma de direito fundamental à solidariedade, para além de um ideal estatal e social, inclusive ou especificamente para a criança?

2.3.4.1. Solidariedade no direito público internacional

Classicamente, o ideal de solidariedade – também nomeado por fraternidade – na dimensão do relacionamento com o Estado, foi expresso por pensadores franceses durante a Revolução Francesa, em 1789, ficando registrado como mote no famoso discurso de Maximilien Robespierre sobre a organização da Guarda Nacional: “Ils porteront sur leur poitrine ces mots gravés: Le Peuple Français, & au-dessous: Liberté, Égalité, Fraternité. Les mêmes mots seront inscrits sur leurs drapeaux, qui porteront les trois couleurs de la nation”.⁶⁸⁴

É fundamental mencionar que em 1791, inspirados pela Revolução Francesa e liderados por Toussaint L’Ouverture, escravos africanos no Haiti organizaram a

⁶⁸³ Cf. ANTÔNIO, Severino; TAVARES, Kátia. Uma pedagogia poética para as crianças. Americana: Adonis, 2013.

⁶⁸⁴ ROBESPIERRE, Maximilien. **Discours sur l'organisation des gardes nationales**. Article XVI, 1790.

chamada Revolução Haitiana, ou Revolta de São Domingos, conquistando a independência e o fim da escravidão, com base nos direitos à liberdade, igualdade e fraternidade. Todavia, o direito à fraternidade não foi incorporado à Constituição haitiana de 1801.⁶⁸⁵

A incorporação do conceito de fraternidade no sistema jurídico foi tardia em relação ao de liberdade e igualdade, pois era visto mais como um dever moral, em uma perspectiva de harmonia comunitária, do que um direito amparado em uma visão contratualista individual de oposição ao Estado⁶⁸⁶, ideia predominante no período e base filosófica fundante dos direitos fundamentais na perspectiva europeia.

Somente após a Segunda Guerra Mundial a tríade foi adotada integralmente, quando a expressa menção à fraternidade foi incluída nas constituições francesas de 1946 e 1958, sendo também adotada em movimentos pós-guerras por outras constituições nacionais, como a da Itália em 1947⁶⁸⁷ e da Índia em 1950⁶⁸⁸, e em tratados internacionais de direito humanitário e direitos humanos⁶⁸⁹, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁶⁹⁰, tornando-se um importante e relevante conceito para os movimentos de integração regional, como na própria União Europeia⁶⁹¹, e nas discussões atuais sobre migração⁶⁹², assistência

⁶⁸⁵ KNIGHT, Franklin W. The Haitian Revolution. *The American Historical Review*, v. 105, Issue 1, 1 fev. 2000.

⁶⁸⁶ Cf. OZOUF, Mona. Liberté, égalité, fraternité 1997. In: NORA, Pierre, Lieux de Mémoire, vol. III, Les France. De l'archive à l'emblème, Gallimard, Quarto, 1997, p. 4353-4389.

⁶⁸⁷ Artigos 119 e 2º: “Art. 2 - La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.”

⁶⁸⁸ Preâmbulo: “FRATERNITY assuring the dignity of the individual and the [unity and integrity of the Nation];”

⁶⁸⁹ “Solidarity rights largely arose in the context of the emerging ‘third world’, which during the 1970s attempted to create an NIEO. Among the tenets of the bloc of States championing solidarity rights were sovereignty over natural resources (Natural Resources, Permanent Sovereignty over), the need for a global redistribution of resources, and condemnation of the threat of nuclear war created by the superpowers (Superpowers and Great Powers). The declaration of such rights had the virtue of embodying the interdependence and indivisibility of rights at a time when the primacy of one set of—political/civil—rights over another—economic/social/cultural—was still asserted, and before the rights were listed together in subsequent treaties such as the 1989 Convention on the Rights of the Child (Children, International Protection).” (MINNEROP, 2008).

⁶⁹⁰ “Artigo 1º- Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

⁶⁹¹ LINDEN-RETEK, Paul. Cosmopolitan law and time: Toward a theory of constitutionalism and

humanitária em desastres naturais⁶⁹³ ou conflitos⁶⁹⁴ e até na assistência econômica de países dentro de blocos regionais⁶⁹⁵.

Em função desse intenso uso do direito público internacional, um conceito jurídico de solidariedade começa a ser defendido no âmbito dos direitos humanos, como um direito de terceira geração, conforme expressão inicialmente utilizada por Karel Vasak:

“[Os direitos de solidariedade de terceira geração] são novos nas aspirações que expressam, são novos do ponto de vista dos direitos humanos na medida em que buscam infundir a dimensão humana em áreas onde muitas vezes tem faltado, tendo sido deixadas para o Estado ou Estados (...). Eles são novos em que ambos podem ser invocados contra o Estado e exigidos dele; mas acima de tudo (e aqui reside a sua característica essencial) eles podem ser realizados apenas através dos esforços concertados de todos os atores da cena social: o indivíduo, o Estado, os organismos públicos e privados e a comunidade internacional.”⁶⁹⁶

Contudo, ainda pode ser observado uma resistência interna para sua aplicação e materialização nos Estados, com exceção de poucos países, como a França, Itália e Índia. Charles Gonthier, juiz da Suprema Corte do Canadá, ao analisar a ausência total do conceito de fraternidade nas constituições, leis e debates doutrinários nos Estados Unidos e Canadá, para ele “o implícito terceiro pilar da democracia”, enfatizou:

solidarity in transition. **Global Constitutionalism**, 2015, 4:2, p. 157–194, Cambridge University Press, 2015, p. 161. Ver ainda COHEN, Joshua; SABEL, Charles F. *Sovereignty and Solidarity: EU and US*. In: LADEUR, Karl-Heinz. **Public Governance in the Age of Globalization**. Routledge, 2004.

⁶⁹² FERRI, Frederico. Il regolamento "Dublino III" tra crisi migratoria e "deficit" di solidarietà. **Studi sull'integrazione europea**, 13, 2, p. 519-532, 2018.

⁶⁹³ PARK, Ki-Gab. **Law on natural disasters. Community Obligations in Contemporary International Law Veranstaltung**, 2015, Berlin: Community interests across international law. First edition, 2018, p. 136-150

⁶⁹⁴ SCIARRA, Silvana. *Solidarity and conflict*. Cambridge University Press, 2018.

⁶⁹⁵ BUTLER, Graham. Solidarity and its limits for economic integration in the European Union's internal market. **Maastricht journal of European and comparative law**, 25, 3, p. 310-331, 1994.

⁶⁹⁶ Tradução livre de: “[Third generation solidarity rights] are new in the aspirations they express, are new from the point of view of human rights in that they seek to infuse the human dimension into areas where it has all too often been missing, having been left to the State, or States (...). They are new in that they may both be invoked against the State and demanded of it; but above all (and herein lies their essential characteristic) they can be realized only through the concerted efforts of all the actors on the social scene: the individual, the State, public and private bodies and the international community.” (VASAK, 1984, p. 837-839 apud MORGAN-FOSTER, 2005, p. 67-68, 2005).

“Na minha opinião, a fraternidade é simplesmente o elemento esquecido da democracia que, embora raramente identificado, está presente em todo o nosso sistema legal. É a cola que liga a liberdade e a igualdade a uma sociedade civil. É intuitivo. É o elemento forjador de uma comunidade. Ela promove objetivos de justiça e equidade, confiança e segurança, e traz um elemento de compaixão e dedicação aos objetivos de liberdade e igualdade. Ela liga indivíduos que compartilham valores e objetivos semelhantes não apenas aos seus vizinhos atuais, mas também fornece uma sensação de continuidade com o passado e o futuro.”⁶⁹⁷

Com a expansão das Constituições de natureza garantista e social e dos direitos sociais, culturais e econômicos, a solidariedade começa também a aparecer nos textos constitucionais de Estados como Colômbia⁶⁹⁸, África do Sul⁶⁹⁹, Turquia⁷⁰⁰ e Brasil, possibilitando uma identificação entre o conceito de solidariedade e os direitos à prestação ou ação estatal positiva na sociedade, inclusive de ajuda humanitária a outros indivíduos não nacionais, como imigrantes.

Recentemente, em 2018, o Tribunal Constitucional francês (*Conseil Constitutionnel*) emitiu importante e significativa decisão sobre o direito a ser solidário (Decisão n. 2018-717/718)⁷⁰¹, pela qual, pela primeira vez, foi atribuído conteúdo jurídico ao “princípio da fraternidade”. Leis que criminalizam ou

⁶⁹⁷ Tradução livre de: “my view, fraternity is simply the forgotten element of democracy which, although rarely identified, is nevertheless present throughout our legal system. It is the glue that binds liberty and equality to a civil society. It is intuitive. It is the forging element of a community. It advances goals of fairness and equity, trust and security, and brings an element of compassion and dedication to the goals of liberty and equality. It bonds individuals who share similar values and goals not only to their current neighbours, but also provides a sense of continuity with the past and the future.” (GONTHIER, 2000, p. 569).

⁶⁹⁸ Nos artigos: 1, 48, 49, 95, 356, 367.

⁶⁹⁹ Jurisprudência da Corte Constitucional: *Khosa and Others v. Minister of Social Development and Others*; *Mahlaule and Another v. Minister of Social Development and Others*, Constitutional Court of South Africa, Cases CCT 12/03; CCT13/03; *Minister of Health & Professor D. McIntyre No v. New Clicks South Africa (Pty) Ltd & Others*, Constitutional Court of South Africa, Case CCT 59/04, at para. 661 (New Clicks decision), Cf. FORMAN, Lisa. **Justice and Justiciability: Advancing Solidarity and Justice through South Africans' Right to Health Jurisprudence**, 27 *Med. & L.* 661, 2008.

⁷⁰⁰ Artigos 2º, 81, 103 e 136. De maneira inovadora em uma gramática constitucional, a Constituição colombiana, em seu Artigo 95, vincula diretamente todos os cidadãos à Constituição, colocando a solidariedade como um dever e, portanto, direito de todos: “Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”

⁷⁰¹ Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, M. Cédric H. et autre [Délit d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger]. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm>.

penalizam a ajuda a imigrantes ilegais⁷⁰² foram consideradas inconstitucionais pela decisão, com fundamento no instituto constitucional da fraternidade (ou solidariedade):

“7. Segundo o artigo 2 da Constituição: "O lema da República é "Liberdade, Igualdade, Fraternidade ". A Constituição também se refere, em seu preâmbulo e em seu artigo 72-3, ao "ideal comum de liberdade, igualdade e fraternidade". Acontece que a fraternidade é um princípio com valor constitucional. 8. Segue-se do princípio da fraternidade a liberdade de ajudar os outros, para fins humanitários, independentemente da regularidade de sua estada no território nacional.”⁷⁰³

Michel Borgetto, ao analisar a decisão, enfatizou sua grande relevância:

“Em primeiro lugar, porque é a primeira vez que a questão de qual é o valor do último termo do lema republicano foi submetida ao juiz constitucional, este nunca tendo sido chamado, antes, de pronunciar-se sobre o assunto: a esta questão, o Conselho deu uma resposta inequívoca; essa decisão é, portanto, uma grande decisão, ao mesmo tempo nova em seu objeto e rica em promessas quanto ao seu alcance. Em segundo lugar, porque, rompendo com uma visão antiga, e ainda razoavelmente amplamente aceita, que, ao contrário da liberdade e da igualdade, a fraternidade não seria uma questão de lei estrita e seria essencialmente de sentimento e moral, o juiz não hesita em reconhecê-lo como ‘princípio de valor constitucional’. Essa posição é inteiramente lógica não apenas na história política e constitucional da França – a fraternidade há muito é concebida como um princípio em si mesmo no direito público mas também no próprio texto da Constituição da França. 1958: já que ambos contêm um artigo 2 afirmando que ‘O lema da República é ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’ e se refere, em seu preâmbulo e em seu artigo 72-3, ao ‘ideal de liberdade, igualdade e fraternidade’.”⁷⁰⁴

⁷⁰² O direito de ser solidário com imigrantes é um debate muito atual em diversos países europeus em função do grande fluxo migratório atual. Países como Hungria [<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/06/20/hungary-passes-stop-soros-law-making-crime-help-migrants/>], Grécia e Itália criminalizam a contida de ajudar imigrantes ilegais ou aqueles que buscam asilo. Outros países, como Espanha (Artículo 53 e 54 de Ley Orgánica 4/2000, Ley de Extranjería de España) e Alemanha, penalizam administrativamente, com multas ou outras sanções.

⁷⁰³ Tradução livre de: “Aux termes de l'article 2 de la Constitution : « La devise de la République est "Liberté, Égalité, Fraternité" ». La Constitution se réfère également, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ». Il en ressort que la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle. 8. Il découle du principe de fraternité la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national.

⁷⁰⁴ Tradução livre de: “En premier lieu, parce que c'est la première fois que la question de savoir quelle est la valeur du dernier terme de la devise républicaine était posée au juge constitutionnel, celui-ci n'ayant jamais été appelé, auparavant, à se prononcer sur le sujet : à cette question, le Conseil a apporté une réponse sans ambiguïté ; cette décision est donc une grande décision, à la fois inédite dans son objet et riche de promesses quant à sa portée. En second lieu, parce que, rompant avec une opinion ancienne, et encore assez largement répandue aujourd'hui, selon

Assim, constata-se no âmbito do direito público internacional, que o conceito de solidariedade está atrelado à missão fundante de alguns Estados nacionais e ao direito tanto de receber ações solidárias – em situações de crises humanitárias ou assistência social, por exemplo – quanto de ser solidário com outras pessoas – como no contexto dos imigrantes, ainda que ilegais, o que para algumas constituições, como a Colombiana, é um dever. Todavia, a solidariedade como valor jurídico ainda não é um conceito amplamente difundido ou utilizado nos sistemas nacionais de direito público constitucional ou nas teorias de direitos fundamentais, ainda que parte integrante da gênese da concepção moderna de direitos pela tríade: liberdade, igualdade e fraternidade.

2.3.4.2. Solidariedade na Constituição brasileira de 1988

No Brasil, foi na Constituição de 1934 que a solidariedade foi citada pela primeira vez em âmbito constitucional, prevista como conteúdo ou finalidade do direito à educação, a qual deveria possibilitar “eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”.⁷⁰⁵ Tanto nas constituições de 1937 como na de 1946, a solidariedade aparece novamente no contexto educacional, mas no primeiro caso como dever de assistência (“dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados”⁷⁰⁶) e, no último, novamente como conteúdo ou fim educacional (“deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade

laquelle, contrairement à la liberté et à l'égalité, la fraternité ne serait pas de droit strict et relèverait essentiellement du sentiment et de la morale, le juge n'hésite pas à la reconnaître comme un « principe à valeur constitutionnelle ». Position au demeurant tout à fait logique au regard non seulement de l'histoire politique et constitutionnelle de la France – la fraternité y ayant été conçue de longue date comme un principe à part entière du droit public – mais aussi du texte même de la Constitution de 1958 : puisque celle-ci à la fois comporte un article 2 précisant que « La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité » » et se réfère, dans son préambule et dans son article 72-3, à l'« idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».” (BORGETTO, Michel. “**Principe de fraternité**”: comment traduire la décision du Conseil constitutionnel. 10 jun. 2018. Disponível em: <<http://blog.leclubdesjuristes.com/principe-de-fraternite-comment-traduire-la-decision-du-conseil-constitutionnel/>>).

⁷⁰⁵ Artigo 149 da Constituição de 1934.

⁷⁰⁶ Artigo 130 da Constituição de 1937.

humana”⁷⁰⁷). Na Constituição imposta pelo regime civil-militar de 1967, a solidariedade também parece como elemento da ordem econômica⁷⁰⁸ e da função educacional⁷⁰⁹. Todavia, foi somente em 1988 que ela se tornou conceito fundante do próprio Estado, “um fio condutor indispensável à construção e à conceitualização das políticas sociais”⁷¹⁰ – uma contextualização da solidariedade como elemento ético de reconhecimento da existência do outro e da realidade e ambiente social.⁷¹¹

Em uma análise da Constituição brasileira, nota-se a prevalência, para além de um direito social, de três formas de conceitos jurídicos de solidariedade: (i) como objetivo do Estado e da comunidade de pessoas; (ii) como direito individual ou coletivo de prestação do Estado ou atuação estatal positiva, especialmente como direitos sociais e de organização; e, de forma ainda mais inovadora, (iii) como dever individual compartilhado coletivamente.

A solidariedade é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme art. 3º, inciso I da Constituição: “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Também no seu preâmbulo, ao caracterizar o destino do Estado Democrático constitucional brasileiro, prevê “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (grifos nossos).

Na dimensão institucional, a solidariedade aparece ainda como elemento do próprio Federalismo, pela necessidade do desenvolvimento de um federalismo solidário⁷¹², por meio, por exemplo, de um sistema tributário que assegure aos estados e municípios recursos para o desenvolvimento de suas atividades, inclusive por meio de repasses da União⁷¹³ ou, ainda, de auxílio mútuo entre os entes

⁷⁰⁷ Artigo 166 da Constituição de 1946.

⁷⁰⁸ Artigo 157, IV da Constituição de 1967.

⁷⁰⁹ Artigo 168 da Constituição de 1967.

⁷¹⁰ FARIAS, José F. **A origem do direito de solidariedade**. RJ: Renovar, 1998, p. 190-191.

⁷¹¹ CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

⁷¹² BITTAR, Orlando. Federalismo Solidário e Desenvolvimento. **Revista de Direito Administrativo**, v. 115, Rio de Janeiro, 1974.

⁷¹³ Cf. GODOI, M. S. de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO et al. (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

federativos em desastres ou calamidades públicas, como em questões ambientais⁷¹⁴ ou de segurança pública.

A Constituição Federal apresenta, mesmo que de forma tácita, a solidariedade como fundamento das previsões do capítulo da seguridade social, nos direitos à prestação ou ação positiva do Estado, em especial nas previsões dos direitos sociais à saúde, à previdência e à assistência social do art. 194, todos eles também de titularidade das crianças, conforme o próprio *caput* do Artigo 227, § 1º, § 3º e § 7º. No âmbito da previdência social, a solidariedade é vista como princípio fundante, em função da solidariedade intergeracional e da determinação de que toda sociedade financie a seguridade social, conforme art. 195 da CF.⁷¹⁵

Contudo, é igualmente possível conceber a ideia de um direito fundamental geral à solidariedade, para além de um conteúdo vinculado exclusivamente a um direito social de prestação e ação positiva do Estado, por meio de um conceito de solidariedade em sentido estrito, vinculado à seguridade e assistência social, em uma perspectiva verticalizada do direito à solidariedade, entre Estado e indivíduos ou comunidades.

Há, ainda, uma perspectiva horizontal do direito à solidariedade, por meio da qual a união e o comunitarismo entre os indivíduos de uma sociedade são estimulados e promovidos pelo Estado e suas instituições e também pela própria sociedade e seus agentes privados. Nesse sentido, esse direito fundamental à solidariedade em face do Estado seria materializado no objetivo e dever estatal de construir uma sociedade fraterna e solidária, conforme o preâmbulo e art. 3º, I, da própria Constituição.

Considerando o direito à solidariedade como um feixe de posições complexo e multifacetado, um direito fundamental autônomo à solidariedade em face do Estado pode ser caracterizado como um direito para que o Estado estimule, por meio de medidas efetivas, a unidade e harmonia entre indivíduos, poderes dos

Ver ainda: NABAIS, J. C. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO et al (Coord.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

⁷¹⁴ Bonavides (2006, p. 569) considera a solidariedade como conceito jurídico integrante de uma quarta onda ou dimensão de Direitos, relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. Para ele, solidariedade teria uma forte ligação com a própria democracia e questões como meio ambiente.

⁷¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Estados e organizações sociais, por uma união de interesses, propósitos e ações, e o reconhecimento de diferentes necessidades e direitos para alcançar objetivos comuns⁷¹⁶, com especial foco nos grupos e indivíduos considerados mais vulneráveis à violências e violações de direitos em uma sociedade.

Nesse sentido, o esquema de teste (*Prüfungsschema*) ou a análise dos efeitos (*Prüfungsfolge*) do direito fundamental à solidariedade apresenta uma estrutura mais relacionada à proibição de ações insuficientes ou ineficazes (*Untermassverbot*) por parte do Estado, segundo a qual o Estado deve escolher, entre as várias opções de medidas para proteção dos direitos fundamentais, aquela necessária para satisfazer efetivamente as demandas desse direito.⁷¹⁷ Assim, a proteção do direito fundamental à solidariedade se dá pela proibição de uso de medidas ineficazes pelo Estado para a garantia ou fomento desse direito.

2.3.4.3. O direito fundamental da criança à solidariedade

Com relação à criança, essa função autônoma de um direito fundamental à solidariedade fica ainda mais evidente. Para além dos direitos à prestação estatal já analisados anteriormente, destaca-se a provisão do *caput* do Artigo 227, que representa um núcleo substancial do direito fundamental da criança à solidariedade: o direito da criança à cooperação entre famílias, agentes sociais e estatais na garantia de todos os direitos fundamentais da criança, garantido pela expressão: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança”.

Esse direito, expresso na forma de dever solidário entre Estado, famílias e sociedade, é um pilar essencial da Doutrina de Proteção Integral e da Prioridade Absoluta da criança, pelas quais a criança deve ser colocada em primeiro lugar, por meio de ações integradas e em rede, conformando um verdadeiro Sistema de

⁷¹⁶ Conceito inspirado na minuta de uma Declaração Internacional sobre o direito à solidariedade (*Draft declaration on the right to international solidarity*) apresentada no relatório ao Conselho de Direitos Humanos do Independent Expert on human rights and international solidarity em junho de 2017, cf. UN, , Report of the Independent Expert on human rights and international solidarity, A/HRC/35/35.

⁷¹⁷ PIEROTH et al. op cit, p. 75-76.

Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.⁷¹⁸

Ainda, no âmbito da organização do Estado, esse dever de solidariedade é ainda expresso no art. 24, XV, da CF, que garante competência concorrente a todos os entes federativos para legislar sobre a “proteção à infância e à juventude” e atuar de forma solidária na prestação dos serviços e políticas públicas sociais. Foi nesse sentido a decisão proferida pelo STJ em agravo regimental em recurso especial (AgRg no REsp 1330012 / RS) em 17.12.2013, cujo relator ministro Sérgio Kukina determinou a solidariedade entres os entes federativos para prestação de serviços à saúde para a criança:

“1 - O Superior Tribunal de Justiça, em reiterados precedentes, tem decidido que o funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles ostenta legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a medicamentos. 2 - Tendo em conta o diferencial, na espécie, de que o beneficiário da prestação se trata de criança, não há dúvida de que o atendimento da sua pretensão à obtenção de remédio, como bem acentuado no acórdão combatido, deve-se à primazia que decorre da doutrina da proteção integral e do princípio da prioridade absoluta, positivados no Artigo 227 da Constituição Federal e, especificamente no tocante à saúde, nos arts. 11 e seguintes do ECA e, ainda, no art. 24 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto Presidencial 99.710/90.”⁷¹⁹

Na dimensão das relações privadas familiares, a solidariedade é base igualmente fundante das relações entre seus membros, especialmente com a criança, como bem aponta Gonthier ao afirmar que:

“a obrigação de fornecer apoio aos filhos é obviamente um dever incorrido como resultado de um relacionamento parental. No entanto, pode-se observar que muitos elementos da lei relativos às obrigações de apoio à criança se baseiam em conceitos fraternos. O primeiro e mais óbvio aspecto fraternal é que as crianças fazem parte integrante da unidade básica da sociedade: a família. As obrigações de apoio à criança também são impostas porque as crianças são obviamente incapazes de se defender sozinhas. Enquanto uma família pode romper, a obrigação de

⁷¹⁸ Cf. Resolução n. 163 do Conanda. Disponível em: <<https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/113-resolucao-113-de-19-de-abril-de-2006/view>>.

⁷¹⁹ AgRg no REsp 1330012 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0270297-1 Relator(a) Ministro SÉRGIO KUKINA (1155) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 17/12/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 04/02/2014.

tomar medidas afirmativas para ajudar as crianças permanece. Os objetivos do apoio à criança são, como disse Justice Bastarache em *Chartier v. Chartier*, e em *Francis v. Baker*, garantir que as crianças sejam o mínimo possível afetadas pelo divórcio, ou em outras palavras, 'colocar crianças em primeiro lugar'.⁷²⁰

Além disso, é importante ressaltar que o direito da criança à solidariedade expressa, como já indicado, não é somente uma relação vertical da criança com os agentes estatais ou privados adultos que devem prestar ações de cuidado e proteção. Para além disso, o direito à solidariedade compreende também uma relação horizontal, de fraternidade em sentido estrito ou, até mesmo, irmandade, que compreende em si a ideia de que as crianças são igualmente protagonistas dessa ação solidária, tendo o direito de participação e de serem reconhecidas e escutadas como um membro igual, um par, um sujeito de afetos e direitos em todas as suas comunidades.

Garantir esse direito fundamental geral da criança à solidariedade é atribuir um objetivo comum, ainda que de forma obrigatória, a toda comunidade de pessoas sob jurisdição da Constituição; é possibilitar a união de interesses, propósitos e ações capazes de gerar unidade e harmonia; é constitucionalizar um projeto de integração estatal e social pelo compartilhamento solidário do dever de se colocar a criança, seus direitos e seu melhor interesse em primeiro lugar nas preocupações, ações e decisões em todo o Brasil.

Aqui, faz-se importante destacar o trabalho de Robert Putnam, cientista social que estabeleceu por pesquisas empíricas que as pessoas são mais capazes de superar desafios sociais e evitar a pobreza e marginalização no longo prazo se manifestarem uma disposição racional e prontidão para estender a confiança a estranhos e estabelecer novos laços sociais em uma comunidade. Nesse sentido,

⁷²⁰ Tradução livre de: "The obligation to provide support to one's children is obviously a duty incurred as a result of a parental relationship. However, it can be seen that many elements of the law relating to child support obligations rest squarely on fraternal concepts. The first and most obvious fraternal aspect is that children form an integral part of the basic unit of society: the family. Child support obligations are imposed as well because children are quite obviously incapable of fending for themselves. While a family may break down, the obligation to take affirmative steps to assist the children remains. The objectives of child support are, as Justice Bastarache said in *Chartier v. Chartier*," and in *Francis v. Baker*, 'to ensure that children are affected by divorce as little as possible, or in other words, "to put children first".' (GONTHIER, 2000, p. 587).

quanto maior a sociabilidade e a ação cívica (*civicness*⁷²¹) de uma comunidade, maior seu capital social, ou redes de normas, valores e entendimentos compartilhados, que facilitam a cooperação dentro ou entre os grupos.⁷²²

Em seu recente livro *Our children (Nossas crianças)*, Putnam apresenta dados sólidos para apontar que o crescimento da desigualdade social diminuíram o capital social, colocando em risco o desenvolvimento de todas as crianças para além das esferas de direitos individuais ou vida privada de uma única família:

“Esta não é a primeira vez em nossa história nacional que a ampliação das lacunas socioeconômicas ameaçou nossa economia, nossa democracia e nossos valores. As respostas específicas que buscamos para superar esses desafios com êxito e restaurar as oportunidades variaram em detalhes, mas, subjacente a todas, estava o compromisso de investir nas crianças de outras pessoas. E subjacente a esse compromisso estava uma sensação mais profunda de que aquelas crianças também eram nossos filhos.”⁷²³

A solidariedade é tema central também na teoria do reconhecimento de Honneth, pela qual se estabelece uma estima social recíproca entre os indivíduos ou grupos e movimentos sociais, de suas propriedades e capacidades concretas, por meio de um horizonte compartilhado de valores e concepções de objetivos comuns e relações simétricas.⁷²⁴

Nessa perspectiva, o direito à solidariedade busca avançar os fundamentos filosóficos clássicos dos direitos fundamentais, pelos quais os direitos são liberdades de afastamento da intervenção do Estado ou da interferência indevida de terceiros na esfera individual de direitos de uma pessoa, sempre em uma relação de exclusão

⁷²¹ Por meio de uma pesquisa realizada por 23 anos, na instauração dos governos regionais na Itália, Putnam comprova por uma ampla e detalhada pesquisa empírica que o sucesso das administrações regionais na Itália está correlacionado com o índice cívico de comunidade da população da região, Cf. PUTNAM, Robert. **Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy**, 1993.

⁷²² OECD. What is social capital? **Insights: Human Capital**, 2011, p. 102.

⁷²³ Tradução livre de: “This is not the first time in our national history that widening socioeconomic gaps have threatened our economy, our democracy, and our values. The specific responses we have pursued to successfully overcome these challenges and restore opportunity have varied in detail, but underlying them all was a commitment to invest in other people’s children. And underlying that commitment was a deeper sense that those kids, too, were our kids.”, In: PUTNAM, Robert. **Our Kids: The American Dream in Crisis**. Versão e-book. New York: Simon & Achuster, 2016, p. 415.

⁷²⁴ HONNETH, op. cit., p. 121-122.

ou enfrentamento (barreiras, *trumps*, conflitos etc.).

Em um momento em que os fundamentos e os sistemas de direitos humanos estão no auge de uma intensa contestação – ou para alguns, como Makau Mutua, no fim de sua era⁷²⁵ –, conceber e integrar a função de solidariedade dos direitos fundamentais possibilita novas dimensões, para além dos direitos de prestação ou ação positiva do Estado na sociedade, dimensões de corresponsabilidade comunitária no cuidado e reconhecimento recíproco entre pessoas, irmanadas por um mesmo objetivo ou horizonte comum.

Alguns autores, no âmbito do direito público internacional, têm classificado esses direitos como de terceira geração, englobando, por exemplo: o direito de desenvolvimento; o direito à paz; o direito de se comunicar; o direito de ser diferente; o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado; o direito de se beneficiar do patrimônio cultural da humanidade; e o direito de assistência humanitária.⁷²⁶

Nesse sentido, o direito à solidariedade pressupõe uma outra dinâmica de direitos fundamentais, pela qual o sopesamento e a proporcionalidade – por sua lógica de razões e contrarrazões, pesos e contrapesos – são utilizados na busca de uma só razão compartilhada; um agir comunicativo forte que impulsione todos os pesos a uma direção consensuada.

O direito à solidariedade supera, assim, a própria ideia imagética e mitológica da Justiça, como a deusa Diké (lei dos homens) ou a deusa Thémis (lei dos deuses), ambas com balança e espada em mãos e, na sua origem, sem vendas para julgar⁷²⁷, imagens que inspiraram juristas por todo o mundo.⁷²⁸

⁷²⁵ Cf. MUTUA, Makau. **Is the Age of Human Rights Over?** London e New York: Routledge, 2016, p. 450-458.

⁷²⁶ ALSTON, Phili. A third generation of solidarity rights: progressive development or obfuscation of international Human Rights Law? **Netherlands International Law Review**, v. 29, Issue 3, p. 307, dez. 1982.

⁷²⁷ As vendas em ambas as deusas foram colocadas por artistas alemães do século XVI, como na deusa Justitia de Maarten van Heemskerck, em 1556, como forma de ressaltar a necessidade de imparcialidade da Justiça em um julgamento.

⁷²⁸ “o direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso, a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito. Ambas se completam e o verdadeiro estado de direito só existe onde a força, com a qual a Justiça empunha a espada, usa a mesma destreza com que maneja a balança.” (IHERING, 2004, p. 27).

Na égide dos novos direitos fundamentais de solidariedade, talvez a representação mitológica grega de maior pertinência seja a deusa Héstia, filha de Kronos e Reia, uma das 12 divindades olímpicas e admirada por todos os deuses. Com poucas citações na mitologia grega, é representada pela fogo, ao redor do qual todos se reuniam, em uma família ou no âmbito da *pólis* grega, para os primeiros e mais importantes sacrifícios religiosos. Inclusive, novos integrantes da família (filhos, membros ou escravos) eram iniciados em uma família por vários rituais ao redor desse mesmo fogo.⁷²⁹ Héstia, portanto, representa um lugar de encontro, onde todos podem ser aquecidos e beneficiados pelo mesmo fogo, em um mesmo lar comum.

Para a criança, essa visão de justiça baseada em um interesse comum é ainda mais relevante para que seja evitada as trágicas decisões salomônicas, pelas quais as crianças são repartidas ao meio, ou por um conflito antagonista ou pela decisão que busca agradar ambas as partes, em uma pretensa satisfação do possível, ou maximização dos direitos das partes adultas em disputa. Essa discussão é evidente em debates sobre guarda em processos judiciais de divórcio, nos quais a criança, normalmente, é objeto de disputa.

O direito à solidariedade expressa, assim, um dever de todos, agentes estatais ou privados, com relação à criança, para que busquem o objetivo comum de garantia absolutamente prioritária dos direitos e melhor interesse da criança, muitas vezes abdicando de seus próprios interesses e posicionamentos para realização deste dever.

Nesse sentido, um exemplo importante de ser destacado é a solidariedade à criança expressa em questões climáticas e socioambientais, as quais envolvem expressamente a necessidade de solidariedade intergeracional. Como bem expressa a ativista ambiental de 16 anos Greta Thunberg, as crianças do presente necessitam da solidariedade de todos para que empreendam esforços coletivos no sentido de enfrentar a crise climática global, uma vez que serão elas que terão que viver com as consequências da inação atual. Crianças dependem, assim, da solidariedade dos

⁷²⁹ Em inglês, a palavra utilizada é *hearth*, que significa tanto “fogo” como “lar” (MIKALSON, J. D. Hestia. Greek Myth and Religion. In: **Oxford Classical Dictionary**. [on-line] dez. 2015).

adultos, atuais tomadores de decisão, para que tenham perspectiva de futuro.

Talvez a dificuldade de se materializar, muitas vezes, o direito fundamental à solidariedade seja mais pelo fato de se obter um consenso sobre qual objetivo comum a ser perseguido do que propriamente pela negação moral ou política de sua existência. Todavia, no caso do Brasil, o Artigo 227 apresenta-se como objetivo comum claro e inequívoco de todas as pessoas: garantir com absoluta prioridade os direitos e o melhor interesse de todas as crianças.

O direito à solidariedade demanda um processo outro de deliberação, por meio da participação de todos aqueles afetados pelo problema em discussão, os quais devem, em um esforço direcionado ao consenso e cuidado de um bem comum, encontrar conjuntamente a melhor forma de se equacionar e enfretar o desafio do caso concreto proposto. Nesse sentido, não quer indicar qual direito deve se sobrepôr ao outro, mas sim como maximizar um direito que diz respeito a todos ou, ainda, como efetivar um dever de responsabilidade igualmente de todos.

O direito à solidariedade demanda, ainda, uma sociedade que não exergue responsabilidade apenas com seus próprios filhos, mas igual e solidariamente com os filhos dos outros e os filhos de ninguém, reconhecendo que todas as crianças, independentemente de filiação, gênero, classe, nacionalidade ou qualquer outro marcador social ou jurídico, possuem o direito de ter seus direitos garantidos com absoluta prioridade por todos os agentes estatais e sociais.

Como será visto em detalhe no capítulo 5, na discussão sobre processos deliberativos de casos que envolvam crianças para definição do seu melhor interesse, a participação de todos os afetados na resolução do conflito e deliberação das decisões, mais do que um direito fundamental, é uma estratégia eficiente para possibilitar um cuidado compartilhado adequado de um bem comum, que, no caso, é a proteção com absoluta prioridade dos direitos da criança e do seu melhor interesse. Como será visto no Capítulo 5, Elinor Ostrom, grande e reconhecida estudiosa dos modelos econômicos de gestão de bens comuns, estabelece como um de seus oito princípios de gestão a participação de todos os afetados, como forma de se estabelecer redes sociais e solidárias eficientes economicamente e no

cumprimento das normas e decisões desenvolvidas pelo grupo.⁷³⁰

2.4. Eficácia ou efeitos horizontais dos direitos fundamentais de crianças nas relações familiares e com outros agentes sociais

Apesar de alguns textos constitucionais contemporâneos mencionarem expressamente a vinculação de particulares a disposições de direitos fundamentais – como as Constituições alemã⁷³¹, sul-africana⁷³², suíça⁷³³ e colombiana⁷³⁴ –, a doutrina de direito público internacional⁷³⁵ ou constitucional⁷³⁶ compreende majoritariamente que os direitos fundamentais “limitam-se às relações verticais entre Estado e indivíduos”⁷³⁷. Ou seja, apenas os Estados estariam vinculados às disposições constitucionais ou internacionais de direitos fundamentais ou humanos de defesa ou proteção, garantindo aos cidadãos direitos subjetivos para ações negativas ou positivas em face do Estado.

Todavia, com o desenvolvimento do entendimento de que também em relações horizontais entre particulares há ameaças ou violações de direitos fundamentais, não sendo somente o Estado o agente violador⁷³⁸, foi permitido a

⁷³⁰ Cf. OSTRUM, Elinor. **Governing the Commons** – the evolution of Institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁷³¹ Artigo 9, 3: “É garantido a todas as pessoas e profissões o direito de constituir associações destinadas a defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho. Consideram-se nulos os ajustes tendentes a restringir ou a impedir esse direito, bem como ilegais as medidas com esse fim. Medidas segundo os artigos 12a, 35 §2, 35 §3, 87a §4 e artigo 91 não podem ser orientadas contra conflitos de trabalho, levados a cabo por associações no sentido da primeira frase, para a defesa e melhoria das condições econômicas e de trabalho.”.

⁷³² Artigo 8, (2): “Uma disposição de direitos fundamentais vincular uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica se, e na medida em que, for aplicável, levando em consideração a natureza do direito e a natureza de qualquer dever imposto pelo direito”.

⁷³³ Artigo 35, 5: “As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados”.

⁷³⁴ Artigo 95: “A qualidade de um colombiano exalta todos os membros da comunidade nacional. Todos estão no dever de magnificar e dignificar. O exercício dos direitos e liberdades reconhecidos nesta Constituição implica responsabilidades. Toda pessoa é obrigada a cumprir a Constituição e as leis. Os deveres da pessoa e do cidadão são: 1. Respeitar os direitos dos outros e não abuse dos seus; (...)”.

⁷³⁵ Cf. PIOVESAN, op. cit..

⁷³⁶ Cf. DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**, 41ed, 2018.

⁷³⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51.

⁷³⁸ Destaca-se nesse sentido a decisão da Suprema Corte no caso *Shelley v. Kraemer* e do Tribunal Constitucional Alemão no caso *Lüth* (BVerfGE 7, 198) (cf. SILVA, op cit, p. 19-21).

ascensão de novas perguntas no âmbito do direito público: o agente particular pode ser vinculado às normas legais, da Constituição ou de Tratados internacionais, que preveem direitos fundamentais e humanos, respectivamente? Podem os particulares negociar entre si a restrição de direitos fundamentais nessa relação privada, com base na autonomia da vontade?

Essa reflexão se faz essencial nas discussões sobre os direitos de crianças, pois é na relação entre particulares que estão as mais frequentes violações de direitos a esses indivíduos, como as múltiplas violências no ambiente doméstico, ofensas sexuais, abusos e negligências várias. As crianças possuem na família e na sua comunidade os primeiros espaços de socialização e, por isso, acabam, especialmente nos primeiros anos de vida, estando mais afastadas de espaços típicos de intervenção ou contato com agentes estatais.

Assim, são os familiares – especialmente pais e mães ou responsáveis pelo exercício do poder familiar – ou os agentes da comunidade ou sociedade – como professores, médicos e até pessoas jurídicas privadas, como empresas ou associações – vinculados pelas disposições de direitos fundamentais previstas no Artigo 227 da CF e na CDC/ONU?

O cerne da discussão encontra-se no debate se as normas de direitos fundamentais conferem diretamente aos cidadãos em uma relação entre particulares direitos subjetivos que podem ser evocados em face do outro particular, com efeitos direitos, “via aplicação das normas de direitos fundamentais”. Se afirmativa a resposta, “pode-se, nesse caso, e somente nesse caso, falar em aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares”.⁷³⁹

Segundo Silva, ao percorrer seus estudos sobre o tema, encontra na constitucionalização do direito a matriz de toda a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

“Com constitucionalização do direito quer-se aqui fazer menção, (...), à irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. O principal aspecto dessa irradiação, (...), revela-se na vinculação das relações entre particulares a direitos fundamentais,

⁷³⁹ SILVA, 2014, p. 59-60.

também chamada de efeitos horizontais dos direitos fundamentais.”⁷⁴⁰

No Brasil, apesar de alguns autores considerarem que pelo uso do termo “aplicação imediata” no art. 5º, parágrafo 1º da CF, teria sido possibilitado no âmbito constitucional uma aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, esse entendimento, como bem aponta Virgílio Afonso da Silva, parte de uma confusão entre os conceitos de eficácia, produção de efeitos e âmbito de aplicação. Ele esclarece, ainda, que o uso do termo “aplicação imediata” diz respeito “a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já”.⁷⁴¹

Silva parece considerar que a Constituição de 1998 não previu nenhum outro artigo que tenha feito uma vinculação expressa de agentes particulares no cumprimento de suas normas de direitos fundamentais.⁷⁴² Apesar disso, pondera que a Constituição de 1988, por seu viés garantista, extrapola a ideia liberal de que direitos fundamentais devem ser aplicados somente nas relações entre Estado e indivíduos, considerando que a previsão de direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos encontra-se “muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo”⁷⁴³.

Contudo, não se pode passar despercebido o texto Constitucional do Artigo 227, que é expresso em atribuir a corresponsabilidade da garantia dos direitos fundamentais de crianças não somente ao Estado, como também aos agentes particulares da família e da sociedade: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança (...)”.

Nesse mesmo sentido, a própria CDC/ONU, em texto extremamente inovador para um tratado internacional no âmbito do direito internacional público, determina a vinculação de instituições privadas ao melhor interesse da criança, especificamente em seu art. 3º, 1: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. Ainda, o art. 18, 1, também

⁷⁴⁰ Ibid., p. 18.

⁷⁴¹ Ibid., p. 57.

⁷⁴² Ibid., p. 57 e 61.

⁷⁴³ Ibid., p. 139.

evidencia expressamente a responsabilidade parental no cuidado com a criança que vise seu melhor interesse: “Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará o melhor interesse da criança”.

Wapler, ao analisar esses dispositivos da CDC/ONU e seus efeitos no sistema jurídico alemão e por um entendimento restritivo da palavra “instituições” do art. 3º, 1 da CDC/ONU, compreende que há verdadeiramente uma vinculação de agentes particulares, mas apenas para instituições prestadores de serviços sociais privados, uma vez que entende que o art. 18, 1, também garante a autonomia privada parental, pela qual a “responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais”.⁷⁴⁴ Ele busca harmonização da vinculação de agentes particulares à CDC/ONU na lógica da doutrina jurídica no sistema alemão, que prevê a construção jurídica dos direitos parentais com relação às crianças, como sentinelas (*Wächteramtskonstruktion*) e responsáveis em primeiro plano.

Contudo, diferentemente de Wapler – que conclui pela impossibilidade de vincular diretamente os pais e mães ou responsáveis⁷⁴⁵ –, pela análise do Artigo 227 da CF, que utiliza expressamente os termos “família” e “sociedade”, no Brasil, não só as instituições privadas prestadoras de serviços sociais seriam vinculadas pelo direito fundamental da criança à absoluta prioridade dos seus direitos e melhor interesse. Tanto outras instituições privadas, como empresas, que tenham ações ou condutas que afetam direta ou indiretamente crianças, e como igualmente os pais e familiares, possuem o dever de garantir todos os seus direitos fundamentais e melhor interesse.

Diante uma previsão expressa constitucional da necessidade de agentes particulares observarem direitos fundamentais, Da Silva considera trivial a resposta à pergunta inicialmente feita, se agentes particulares são vinculados a essas normas de direitos fundamentais, possuindo efeitos nas relações entre particulares e, sendo

⁷⁴⁴ WAPLER, op cit, p. 243-244.

⁷⁴⁵ Idem.

assim, impossível “recusar tal vinculação quando ela for expressamente prevista pelo texto constitucional”.⁷⁴⁶

Assim, no que tange ao Artigo 227 e à vinculação dos direitos fundamentais de crianças, inclusive o direito à absoluta prioridade, nas relações entre particulares, a resposta pode ser igualmente encontrada na própria Constituição, que foi evidente ao determinar tal vínculo.

Esse é, inclusive, o entendimento esboçado pelo STJ em acórdão referente ao REsp 622707/SC, que analisou o caso da multa administrativa aplicada ao hotel Mattes, pessoa jurídica de direito privado, pelo Comissariado da Infância e Juventude em função de ter-se constatado a hospedagem irregular de uma adolescente, desacompanhada dos pais e sem a autorização destes, infringindo o art. 250 do Estado da Criança e do Adolescente.

Segundo a ministra relatora Eliana Calmon, pessoas jurídicas de direito privado, em relações entre particulares, devem igualmente observar as normas de proteção e garantia aos direitos da criança, sendo viável, portanto, a aplicação de multa administrativa por descumprimento do ECA. Como fundamento jurídico, menciona o *caput* do art. 4º do ECA, que é uma cópia, acrescida do termo “comunidade”, do *caput* do Artigo 227 da CF:

“A leitura atenta do comando legal demonstra claramente que o legislador expressamente colocou a pessoa jurídica no pólo passivo da mencionada infração administrativa, quando previu, como pena acessória à multa, no caso de reincidência na prática de infração, o ‘fechamento do estabelecimento’. Se a finalidade da norma é dar proteção integral à criança e ao adolescente, é fundamental que os estabelecimentos negligentes – que fazem pouco caso das leis de amparo ao menor – também sejam responsabilizados, sem prejuízo da responsabilização direta das pessoas físicas envolvidas em cada caso. Esse posicionamento promove uma maior conscientização dos empresários e dirigentes da iniciativa privada na busca do objetivo basilar do ECA que, conforme dispõe o seu art. 4º, é dever de todos: (...)”⁷⁴⁷

Contudo, mais do que apoiar-se exclusivamente em uma interpretação gramatical e literal da Constituição, faz-se importante analisar as consequências

⁷⁴⁶ SILVA, 2014, p. 61.

⁷⁴⁷ STJ, REsp 622707 / SC, RECURSO ESPECIAL, 2004/0012317-6, Relator(a), Ministra ELIANA, CALMON (1114), Órgão Julgador, T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento, 02/02/2010, Data da Publicação/Fonte, DJe 10/02/2010.

dessa interpretação, especialmente acerca dos diferentes modelos de efeitos – indiretos ou diretos –, que possuem relação direta com as concepções compartilhadas (ou não) dos conceitos de constituição e de constitucionalização do direito, fundamentados em visões ou teorias múltiplas, por uma determinada comunidade de intérpretes.⁷⁴⁸

2.4.1. Modelos de efeitos indiretos e diretos – o modelo adequado proposto por Virgílio Afonso da Silva

Silva, adotando uma solução diferenciada de autores como Carlos Alberto Bittar, Carlos Siqueira Castro, Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz, analisa os modelos de (i) efeitos indiretos e (ii) de direitos fundamentais nas relações entre particulares, propondo um terceiro, o (iii) modelo diferenciado ou adequado, baseado na proposta de três níveis de Robert Alexy, mais flexível, possibilitando envolver diferentes instâncias do problema.⁷⁴⁹

O modelo de efeitos indiretos, com raízes na histórica decisão jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão no caso *Lüth*, atribui o elo de ligação entre os direitos fundamentais e o direito privado por meio de cláusulas gerais, por meio das quais os direitos fundamentais se infiltram nas relações entre particulares. Os efeitos são indiretos, pois é necessário normas intermediárias do próprio direito privado que transmitam os sistemas de valores dos direitos fundamentais.⁷⁵⁰

Já o modelo de efeitos diretos, ou aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, defende o entendimento de que não há necessidade de nenhuma ação ou elemento intermediário para que tais direitos sejam também aplicáveis nas relações entre agentes privados, devendo-se dar o mesmo tratamento a casos concretos em relações entre particulares caso o perturbador seja o Estado.⁷⁵¹

⁷⁴⁸ SILVA, 2014, p. 122-123, 130.

⁷⁴⁹ Ibid., p. 134.

⁷⁵⁰ Ibid., p. 78-79.

⁷⁵¹ Ibid., p. 86-87.

Na avaliação dos dois modelos, Silva conclui que, diferentemente do caso alemão que optou pelo modelo indireto consagrado no caso *Lüth*⁷⁵², no âmbito da Constituição brasileira de 1988, é possível conceber o modelo de aplicabilidade direta⁷⁵³, mas com a ressalva de que “é preciso conciliar os direitos fundamentais, de um lado, e a liberdade individual, especialmente a autonomia privada, de outro. Na conciliação desses dois campos antagônicos, ambos – o direito fundamental em questão e a autonomia privada – terão que ser relativizados”.⁷⁵⁴

Para tanto, Silva defende ao modelo considerado adequado por ser mais flexível e combinar três níveis de análise, com fundamento inicial na proposta de Alexy, segundo a qual a explicação e fundamental dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é analisada nos níveis: (i) do dever estatal, segundo o qual o Estado deve respeitar os valores dos direitos fundamentais em todo o seu sistema jurídico de normas, conforme o modelo de efeitos indiretos; (ii) dos direitos em face do Estado, pelo qual o Estado tem o dever de proteger o particular contra a interferência de outro particular em seus direitos; e (iii) das relações jurídicas entre particulares, nas quais há aplicação direta dos direitos fundamentais entre agentes privados.⁷⁵⁵

Compreende que, ainda que a constituição não seja a lei fundamental de toda a atividade social, “direitos fundamentais, por serem mandamentos de otimização, tendem a irradiar efeitos por toda a ordem jurídica”, mas efeitos nem sempre diretos ou sempre indiretos.⁷⁵⁶

Focando-se especialmente em casos nos quais “não há medição legislativa ou que a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente”, Silva entende que há casos em que somente a aplicação direta garante uma solução adequada, algo possibilitado pela Constituição brasileira, diferentemente da Constituição alemã, que afasta a aplicabilidade direta pela previsão da vinculação tríplice do art. 1, III, pela qual somente o Estado seria o agente vinculado, sendo sempre o terceiro

⁷⁵² Ibid., p. 140-141.

⁷⁵³ Ibid., p. 141.

⁷⁵⁴ Ibid., p. 143.

⁷⁵⁵ Ibid., p. 135.

⁷⁵⁶ Ibid., p. 175.

mediador entre os particulares.⁷⁵⁷

Nesse sentido, apresenta o conceito de autonomia privada como princípio formal⁷⁵⁸ para solucionar o desafio de que efeitos diretos de direitos fundamentais em relações entre particulares possuem uma tendência muito grande de eliminar por completo a autonomia dos agentes envolvidos.

Apesar de registrar que por ser igualmente a autonomia um princípio, ainda que formal, ela deve “ser realizada na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto”⁷⁵⁹, Silva ressalta que o sopesamento não é aplicável nos casos de ameaça à autonomia privada, considerando que a autonomia privada não se relaciona com o grau de restrição ao direito fundamental atingido.⁷⁶⁰

Para ele, o que importa “é, tão-somente, o grau de desigualdade entre as partes envolvidas”⁷⁶¹, pela análise da assimetria entre elas e do grau de autonomia de cada uma, as quais seria parâmetros para uma eventual desvalorização ou afastamento da autonomia privada.

O mesmo raciocínio, baseado no modelo dos três níveis e aferição da assimetria e autonomia entre as partes envolvidas na relação entre particulares, pode ser aplicado em casos que envolvam crianças e seus pais ou familiares, os quais exercem uma das expressões deste princípio da autonomia privada, conhecido pelo poder familiar. Ainda, o mesmo modelo pode ser utilizado para compreender as relações estabelecidas no ambiente privado entre crianças e outros agentes da comunidade, como profissionais nas escolas ou hospitais, ou da sociedade, como pessoas jurídica de direito privado, como empresas ou associações.

Contudo, diferentemente do defendido por Silva, que considera ser impossível “pressupor desigualdades materiais como fundamento, incondicionado, de assimetrias nas relações entre particulares”, na relação entre particulares em que uma das partes é uma criança, as desigualdades materiais são evidentes em função do estágio peculiar de desenvolvimento progressivo de suas capacidades cognitivas

⁷⁵⁷ Ibid., p. 141.

⁷⁵⁸ Princípios formais “são princípios que não são normas de conduta, mas normas de validade. A característica fundamental desses princípios é, por isso, o fato de que eles fornecem razões para obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última.” (cf. SILVA, 2014, p. 148).

⁷⁵⁹ SILVA, 2014, p.153.

⁷⁶⁰ Ibid., p. 155.

⁷⁶¹ Idem.

e socioemocionais. Logo, a relação sempre parte de uma assimetria incondicionada pelo grau de autonomia das crianças ainda em desenvolvimento, com uma grande dependência, ou heteronomia, do cuidado externo, parental ou por outro agente, social ou estatal, que se relacione com ela.

Propõe-se, assim, que no caso das relações envolvendo crianças e por força do Artigo 227 da CF, os outros agentes particulares sejam vinculados diretamente ao dever constitucional de defender os direitos fundamentais de crianças, abstendo-se de violá-los e prestar ações positivas para proteger a criança e promover seus direitos.

Nas dimensões e no universo infantil, os adultos de referência no entorno da criança possuem o mesmo peso, pela omissão ou ação, do próprio Estado. Inclusive, conforme analisado nas discussões sobre reconhecimento de Axel Honneth⁷⁶², é na família que a criança apreende as bases para o exercício da cidadania social e política, por meio do reconhecimento afetivo de amor, fundamento para o reconhecimento jurídico, social e político.

2.4.2. Crianças, famílias e o poder familiar

Com origem histórica no *patria potestas* do direito romano, o instituto jurídico do poder familiar foi incorporado ao direito brasileiro, inicialmente, no âmbito do direito civil, tendo sido denominado no Código Civil de 1916 como “pátrio poder”, especialmente para reforçar a autoridade, muitas vezes despótica, dos pais sobre os filhos, com fortes traços patriarcais, patrimonialistas e discriminatórios com relação aos filhos.⁷⁶³

Com o tempo – e desenvolvimento jurídico histórico especialmente impulsionado pelo dos direitos da criança e da valorização da posição filial no sistema familiar –, o conceito de “pátrio poder” foi se modificando, ganhando um novo nome, poder familiar, e outras dimensões jurídicas: não só relativas aos direitos parentais à autonomia familiar e à autonomia na condução da própria

⁷⁶² Ver item 2.1 do presente capítulo.

⁷⁶³ MONDIN, Fabrícia Alcantara. **A construção da decisão judicial nas ações de destituição do poder familiar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 25.

família, como também de deveres e responsabilidades na criação e cuidado com os filhos e filhas.

Tal conceito foi incorporado inclusive pelo texto constitucional de 1988, que no parágrafo 7º do seu art. 226, consagra essas duas vertentes da seguinte forma: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Ainda, o parágrafo 5º do mesmo artigo também complementa esse entendimento ao afirmar que os direitos e deveres na sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo casal.

Assim, pode-se afirmar que esse dispositivo constitucional garante aos pais o direito fundamental parental de planejar e decidir livremente sobre as questões relacionadas à sua família, inclusive seus filhos, especialmente pela função de direito fundamental de defesa contra intervenções estatais indevidas e ilegais, e também exige dos responsáveis pelas crianças o exercício da parentalidade responsável, fundamentada nos princípios de respeito à dignidade da pessoa humana.

O CC de 2002 absorveu essa nova fundamentação de direitos e deveres detalhando, do art. 1.631 ao 1.638, suas atribuições, abrangências e restrições, inclusive com as hipóteses de suspensão ou perda. Nesse sentido, a doutrina civilista considera o poder familiar um conceito jurídico complexo e multifacetado de direitos e deveres com relação à pessoa e bens dos filhos.⁷⁶⁴

Assim, apesar de uma expressão da autonomia privada, inclusive pela previsão de direitos parentais fundamentais de liberdade no planejamento familiar, o legislador, exercendo sua competência legislativa, estabeleceu uma mediação legislativa para delimitar os deveres, mas também os limites e restrições legais ao poder familiar, como, por exemplo, as disposições do art. 1.638 do CC ou os crimes previstos no CP contra a assistência familiar, como o abandono material do art. 244

⁷⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 11 ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 240.

ou o abandono intelectual do art. 246.

O próprio ECA estipula em seu art. 98, inciso II, as medidas de proteção à criança “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável” e no art. 130, o afastamento do agressor da moradia comum quando verificado “maus-tratos, opressão ou abuso sexual”. Pela edição da Lei n. 13.010, conhecida como Lei do Menino Bernardo, foram incluídas disposições ainda mais específicas no ECA, como o art. 18-A, que determinou que: “A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los”.

Assim, nesses casos, diante da mediação legislativa, não há aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, pois as normas aplicáveis são as já definidas pelos códigos penal, civil ou pelo próprio ECA. Nesses casos, o próprio legislador já fez uma escolha – ou sopesamento entre a autonomia parental garantida pelo poder familiar e a necessidade de se proteger a criança –, restringindo autonomia privada dos responsáveis pelas decisões familiares. Esse é justamente o caso da proibição do ensino domiciliar (*homeschooling*) pela previsão expressa do art. 55 do ECA, da obrigação parental “de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”, ou ainda, da vacinação compulsória de crianças pelo art. 14, § 1º do ECA, que determina ser “obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias”.

Contudo, nem todos os dispositivos relativos à restrição da autonomia familiar no exercício do poder familiar são claros e definidos. Muitas das previsões que regulam e restringem a autonomia privada do poder familiar carecem de detalhamento ou especificação, como, por exemplo, os incisos do art. 1.638 do CC, que trazem termos sujeitos a uma apreciação subjetiva por parte do aplicador da lei, como o conceito de “imoderadamente” do inciso I (“castigar imoderadamente o filho”) ou o próprio inciso III, “praticar atos contrários à moral e aos bons

costumes”.

Ainda, mesmo o art. 98 do ECA não detalha o que configuraria “maus-tratos” ou “opressão”, deixando uma margem grande de avaliação subjetiva para os intérpretes e aplicadores da lei. Esse tema ganha ainda mais relevância ao se avaliar os casos de suspensão ou destituição do poder familiar, os quais, pela falta de detalhamento dos conceitos jurídicos de abuso e negligência, permitem uma ampla discricionariedade do juízo e, assim, análises subjetivas que podem trazer grande insegurança jurídica.

Para tais casos de indefinição, um modelo de aplicação será desenvolvido no capítulo 4 da presente tese, como forma de compreender a aplicação dos direitos fundamentais de crianças, especialmente o direito à absoluta prioridade dos seus direitos e melhor interesse, inclusive na relação privada com seus pais e família.

Por fim, a avaliação da menção expressa constitucional de vinculação da família pelo Artigo 227, no dever de garantia dos direitos fundamentais e melhor interesse das crianças e o dever de parentalidade responsável estipulado pelo art. 226, possibilita a conclusão de que a Constituição Federal de 1988 possibilita explicitamente a eficácia ou os efeitos nas relações horizontais na relação entre as crianças e seus familiares, especialmente seus pais, tanto pelo modelo de efeitos indiretos – segundo o qual legislações infraconstitucionais fazem a mediação das determinações de direitos fundamentais de crianças – como pelo modelo de efeitos diretos – pelo qual os direitos fundamentais previstos são aplicados diretamente, especialmente quando não há mediação legislativa ou a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente.

Entretanto, como já destacado anteriormente, a criança encontra-se em uma relação de desigualdade material incondicionada em função do seu estágio peculiar de desenvolvimento, fazendo com que o que se busque em qualquer modelo utilizado de efeitos diretos ou indiretos seja a garantia dos direitos fundamentais da criança e seu melhor interesse com absoluta prioridade, inclusive respeitando e considerando o desenvolvimento progressivo de sua autonomia e de suas opiniões e desejos, conforme desdobramentos que serão apresentados nos subcapítulos 3 e 4 seguintes.

2.4.3. Crianças e agentes particulares da sociedade

Considerando particulares agentes não estatais, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, é fácil compreender que relações entre agentes particulares envolvendo crianças não se restringem apenas ao universo familiar, em especial na relação com seus pais.

Crianças entram em contato com outros agentes particulares não estatais no cotidiano de suas vidas, seja em suas comunidades – como em suas escolas, serviços de saúde, lazer, cultura etc. –, seja pelo impacto direto ou indireto de outros agentes sociais – como empresas ou associações da sociedade civil.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que a vinculação é expressa para que agentes particulares da sociedade garantam os direitos fundamentais com absoluta prioridade e os coloque a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, no sentido de aplicação do modelo adequado às relações entre particulares no âmbito da família, pode ser feita a análise da eficácia ou efeitos indiretos ou diretos nas relações horizontais estabelecidas com crianças e outros agentes sociais, as quais são demarcadas igualmente pela assimetria na relação e diferença entre poder e autonomia com relação à criança e os outros agentes. Contudo, faz-se necessário fazer uma distinção analítica em duas categorias nas relações horizontais estabelecidas entre crianças e agentes sociais: (i) pessoas físicas e (ii) pessoas jurídicas de direito privado.

Nas relações com pessoas físicas, os efeitos de direitos fundamentais são indiretos em casos de previsão legislativa que já especificou os limites e os deveres desses agentes sociais no relacionamento com a criança, como aqueles estabelecidos pelo art. 18-A do ECA, cuja abrangência é ampla e direcionada a todos aqueles que entram em contato com uma criança, mas especialmente cuidadores e educadores, como professores ou profissionais em creches e escolas privadas, conforme deixa claro a frase final do mesmo: “por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los”.

Assim, os profissionais responsáveis direta ou indiretamente por cuidar, educar ou proteger crianças devem se abster de práticas que impliquem “o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto”. Exemplo disso são os profissionais que se utilizam de tais práticas em colégios militarizados do sistema de ensino particular⁷⁶⁵.

Com relação aos efeitos diretos na relação entre crianças e pessoas físicas da sociedade, pode-se exemplificar casos em que crianças são obrigadas ou impedidas de participar de práticas escolares ou comunitárias por apresentarem símbolos ou signos de determinada religião ou comunidade cultural. Pela falta de legislações detalhadas que impeçam ou regulem algumas relações no âmbito privado, como o uso de doutrinas ou filosofias religiosas de forma doutrinárias em escolas privadas, crianças praticantes de outra fé diversa da aceita em determinada instituição de ensino, de culturas étnico-raciais diversas ou com expressões de gênero ou orientação sexual são submetidas a uma série de constrangimentos, como a proibição do uso de guias de candomblé, de turbantes, de saias por meninos ou outros marcadores identitários ou culturais, o que poderia ensejar efeitos diretos de seus direitos fundamentais nessa relação entre particulares.

Já nas relações com pessoas jurídicas de direito privado, como empresas ou associações, faz-se importante ressaltar que a relação horizontal com a criança no âmbito privado é demarcada por uma assimetria ainda mais acentuada, considerando seu estágio peculiar de desenvolvimento e as formas e ferramentas de influência e pressão disponíveis para essas organizações.

Conforme já citado previamente, o art. 3º, 1 da CDC/ONU menciona expressamente que também as instituições privadas de bem-estar social devem levar em consideração o melhor interesse da criança. Sobre isso, o Comitê dos Direitos da Criança, órgão responsável por monitorar o cumprimento da CDC/ONU pelos Estados signatários, asseverou, no âmbito do comentário geral n. 16 de

⁷⁶⁵ Conforme notícias recentes, modelos educacionais com práticas e princípios militares estão se espalhando pelo país, inclusive no sistema privado de ensino (exemplo: BRUGNOLO, Bruno. Curitiba terá primeiro colégio militar privado em 2018. **Jornal Metro**, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/07/31/curitiba-tera-primeiro-colegio-militar-privado-em-2018.html>>).

2013⁷⁶⁶, que o parágrafo 1º, do art. 3º “também é diretamente aplicável a empresas que funcionam como órgãos de proteção social, privados ou públicos, e que fornecem qualquer forma de serviços diretos a crianças, como atendimento, abrigo, saúde, educação e administração de centros de detenção”⁷⁶⁷.

Assim, o Comitê reconhece que:

“as obrigações e responsabilidades de respeitar os direitos da criança se estendem, na prática, além dos serviços e instituições do Estado e controladas pelo Estado, e se aplicam a atores e empresas privadas. Portanto, todas as empresas devem cumprir suas responsabilidades em relação aos direitos da criança e os Estados devem garantir que o façam. Além disso, as empresas não devem prejudicar a capacidade dos Estados de cumprir suas obrigações para com as crianças de acordo com a Convenção e seus protocolos opcionais.”⁷⁶⁸

Assim, nas relações entre crianças e empresas e associações no âmbito da sociedade, os efeitos indiretos de direitos fundamentais são aqueles que já foram mediados pela atuação legislativa no detalhamento da proteção à criança, como a proibição do trabalho infantil para menores de 14 anos, ou as disposições relativas às crianças do Código de Defesa do Consumidor (CDC) para casos de práticas abusivas, como no caso da publicidade infantil.

Inclusive, com relação ao CDC, importante ressaltar o princípio geral do sistema consumerista, em que a condição do consumidor em relações de consumo com os fornecedores é demarcada por uma desigualdade material incondicionada, conforme art. 4º, I: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. Ainda, segundo a doutrina consumerista, a criança é hipervulnerável, em função do seu estágio peculiar de desenvolvimento, e suscetível e fortemente afetada pelos efeitos de práticas abusivas e ilegais nas relações de consumo. Por

⁷⁶⁶ CRC/C/GC/16, 17 April 2013. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f16&Lang=en>.

⁷⁶⁷ Tradução livre de: “is also directly applicable to business enterprises that function as private or public social welfare bodies by providing any form of direct services for children, including care, foster care, health, education and the administration of detention facilities” (cf. Ibid., p. 6.).

⁷⁶⁸ Tradução livre de: “that duties and responsibilities to respect the rights of children extend in practice beyond the State and State-controlled services and institutions and apply to private actors and business enterprises. Therefore, all businesses must meet their responsibilities regarding children’s rights and States must ensure they do so. In addition, business enterprises should not undermine the States’ ability to meet their obligations towards children under the Convention and the Optional Protocols thereto.” (Cf, Ibid., p. 4).

isso, o Código buscou determinar disposições que a protegesse como tal, como o § 2º art. 37, que determina abusiva e, portanto, ilegal a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”. Ainda, o art. 39, IV, estabelece vedação a práticas de consumo que se utilizem da “fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade”.

Já efeitos diretos de direitos fundamentais em relações entre particulares compostas por crianças e pessoas jurídicas, ocorrem, igualmente aos casos anteriores, quando não há previsão ou mediação legislativa específica. Este poderia ser o caso, por exemplo, das violações aos direitos de crianças e adolescentes ocorridas em ambientes de plataformas ou aplicações digitais que, diante da falta legislações específicas sobre o tema, não são responsabilizadas solidariamente por violências contra crianças: como a difusão e armazenamento de pornografia infantil ou redes digitais de exploração sexual infantil; a exploração comercial e trabalho infantil artístico não regularizado no âmbito de plataformas de vídeos (como *YouTubers* mirins); e os efeitos, ainda que indiretos ou indesejados, de práticas consideradas legais mas com impactos severos em crianças e seus direitos fundamentais, como o caso da poluição atmosférica gerada pela produção de veículos pesados com tecnologia obsoleta, em comparação com os mesmos modelos em outros países e produzidos pelas mesmas empresas.

Assim, constata-se que pelo *caput* do Artigo 227 da Constituição de 1988, em análise combinada com o art. 3º, 1 da CDC/ONU, não somente o Estado foi vinculado ao dever de garantir com absoluta prioridade os direitos fundamentais e o melhor interesse de todas as crianças, mas também os agentes das famílias e sociedade, pessoas físicas ou jurídicas, que compartilham esse dever constitucional de forma solidária. A eficácia ou efeitos nas relações horizontais entre particulares que envolvam crianças é um fenômeno expresso na Constituição brasileira, possuindo múltiplos efeitos indiretos e, igualmente, diretos.

Todas as crianças, após um processo histórico de mobilização e luta social e política, foram definitivamente reconhecidas no âmbito legal como *sujeitos de direitos* amparadas pela Doutrina da Proteção Integral, que compreende uma *proteção especial e integral* da criança e seus direitos contra todas as formas de

violência, em função da sua condição de indivíduo em *estágio peculiar de desenvolvimento*, por meio do qual há o *desenvolvimento progressivo de suas capacidades*, conceitos estes referendados e compartilhados em consensos internacionais expressos por tratados e normativas no âmbito dos sistemas regionais e internacionais de proteção aos direitos humanos.

No âmbito do direito público constitucional, são *titulares de direitos fundamentais* garantidos pela Constituição apenas pelo fato de terem nascido pessoas, independentemente da idade ou da avaliação de uma suposta capacidade fática de invocar ou realizar por si próprias os direitos fundamentais, instituto não aplicável ao Direito Constitucional para fins, inclusive, de acesso aos remédios constitucionais.

A análise de uma suposta capacidade factual da criança ou autonomia de agência e performance de ações que estejam no âmbito de proteção de um direito fundamental parte, tradicionalmente, de pressupostos *adultocêntricos*, que não levam em consideração dois pontos: (i) o entendimento à criança realiza, frui e expressa seus direitos fundamentais de maneira diversa da do adulto; e que (ii) nem todo direito fundamental exige invocação por parte de seu titular, como o direito fundamental da criança de ser cuidada, educada ou tratada livre “de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Apesar da obviedade, faz-se importante destacar que a interferência na forma de expressão e fruição infantil de seus direitos fundamentais pode gerar graves consequências para um sadio e integral desenvolvimento. As expressões infantis, ainda que elementares ou rudimentares da perspectiva do adulto, são essenciais para o desenvolvimento humano – em verdade, sem elas não há desenvolvimento.

Assim, quando uma criança é impedida, por ação ou omissão, de sair ou virar em uma cama, de chorar, de engatinhar, de balbuciar sons, de falar, de andar, de correr, de brincar, de expressar suas ideias e opiniões sobre o mundo, tais atitudes são evidentes violações de direitos fundamentais aplicados à realidade e ao mundo infantil, devendo, assim, serem igualmente levadas a sério.

Nesse sentido, até mesmo a questão acerca da capacidade processual da

criança deve ser analisada, de forma a acolher as demandas e invocações dos direitos fundamentais de crianças, diretamente por elas ou por seus representantes, com seriedade e tratamento de igualdade. Deve-se promover o direito fundamental da criança à prestação do Estado por normas processuais de acesso aos órgãos do Sistema de Justiça e sua participação em processos judiciais amigáveis e sensíveis, por meio da adaptação dos procedimentos, práticas judiciais e comportamento de seus agentes, de forma que a criança seja ouvida e seriamente considerada, com respeito ao seu *estágio peculiar de desenvolvimento*, suas formas diversas de expressão e o *desenvolvimento progressivo de suas capacidades*.

Assim, a discussão central não é se a criança tem a capacidade de exercer ou invocar um direito fundamental, inclusive processualmente, mas se ela tem autorização legal e os meios processuais garantidos pelo Estado para fazê-lo. A própria Constituição Federal, visando sua proteção e bem-estar, restringe direitos fundamentais de crianças, como o caso do trabalho infantil, e outras legislações ordinárias consideradas constitucionais também, como a proibição do casamento para menores de 16 anos.

Entretanto, como para casos de restrição dos direitos fundamentais dos considerados adultos a legalidade constitucional dessa restrição, tanto por parte do Estado como por parte de particulares, está igualmente sujeita ao escrutínio das autoridades competentes, como forma de verificar constitucionalmente a validade ou proporcionalidade dessa intervenção no direito fundamental e, ainda, no caso da criança, verificando em que medida tal limitação protege com absoluta prioridade a criança, seus direitos fundamentais e seu melhor interesse.

Um ponto relevante, sem dúvida, é como possibilitar efetivamente que a violação ou interferência em determinado direito fundamental seja levado às autoridades competentes e cesse em relação às crianças, que são indivíduos que estão em uma relação desigual de poder e têm menos ferramentas e recursos para se fazerem ouvidas. Para isso, entende-se a possibilidade de mediação por meio da representação legal dos pais ou responsáveis legais, o que não suplanta a agência da criança com relação ao seu direito fundamental de participação e envolvimento no processo, devendo ser ouvida e considerada pelo juízo.

Ainda, se tal queixa confronta interesse dos pais ou representantes legais, a criança tem direito a um novo representante legal independente – um curador, advogado ou defensor –, que leve em consideração o seu melhor interesse, mesmo que seja oposto aos interesses de seus pais.

Portanto, a realização ou invocação de direitos fundamentais por crianças não depende de sua capacidade de exercer a agência de determinadas ações ou da aquisição de uma determinada idade. Crianças são sujeitos de direitos e plenas titulares de todos os direitos fundamentais, ainda que tenham necessidade de mediação, especialmente processual, mas sempre condicionada pela garantia de seus direitos e por seu melhor interesse.

Permitir que crianças conheçam seus direitos fundamentais, tenham suportes processuais de acesso aos mecanismos judiciais ou alternativos sensíveis e amigáveis de resolução de conflitos e das violações de seus direitos é, certamente, levar os direitos fundamentais de crianças a sério, garantindo uma proteção jurídica efetiva.

Por fim, ficou demonstrado que cabe ao Estado, em ação solidariamente compartilhada com os agentes privados sociais e familiares – também vinculados diretamente à Constituição pela eficácia horizontal de direitos fundamentais prevista expressamente no Artigo 227 –, a garantia de todos os direitos fundamentais das crianças, dando efetividade ao seu direito à solidariedade, que se traduz tanto no direito de receberem ajuda e auxílio no seu desenvolvimento quanto no dever da atuação conjunta e integrada entre Estado, sociedade e famílias, em um objetivo comum: a prioridade absoluta dos direitos e o melhor interesse de crianças no Brasil.

Contudo, um dos desafios para o exercício desse dever de solidariedade é a falta de precisão e conteúdo desse objetivo comum, ou seja, do que significa a prioridade absoluta da criança, seus direitos e melhor interesse, tema que será aprofundado a seguir, no próximo capítulo, como forma de explicitar os fundamentos do direito fundamental da criança à absoluta prioridade dos seus direitos e melhor interesse.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À ABSOLUTA PRIORIDADE DOS SEUS DIREITOS E MELHOR INTERESSE

Ao inaugurar na Constituição a Doutrina de Proteção Integral dos direitos da criança, a qual prevê à mesma proteção especial e integral dos seus direitos, o Artigo 227 foi além e utilizou o termo *absoluta prioridade*, como uma forma de qualificar o dever de garantia pelo Estado, sociedade e famílias.

Em nenhum outro lugar da Constituição de 1988 há essa junção de palavras e, especialmente, nenhum outro grupo social recebeu pela Constituição um tratamento prioritário ou absolutamente prioritário, inclusive no âmbito da proteção de seus direitos fundamentais.

Quase ao mesmo tempo, em 1989, foi adotada pela Assembleia Geral da ONU o tratado que veio a ser o mais assinado de todas as normas de direito internacional público⁷⁶⁹, a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU (CDC/ONU), que, após mais de dez anos de discussões e negociações entre os países, positivou no sistema internacional de proteção aos direitos humanos o entendimento acerca da proteção da criança e seus direitos, em especial consagrando no seu art. 3º o chamado padrão jurídico do melhor interesse da criança (*the best interests of the child standard*).

Ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, com entrada em vigor em 23 de outubro de 1990, a Convenção e, portanto, o padrão jurídico do melhor interesse da criança foram incorporados ao sistema jurídico nacional pelo Decreto n. 99.710 em 21 de novembro de 1990⁷⁷⁰, possuindo *status* normativo igual ou maior à própria Constituição Federal, segundo diferentes avaliações doutrinárias.⁷⁷¹ Posteriormente, o instituto do melhor interesse da criança foi incorporado ao art. 100, IV do ECA pela Lei n. 12.010 de 2009.

Como, então, compreender o significado e a extensão desses dois conceitos,

⁷⁶⁹ Cf. UNICEF. Frequently asked questions. **Convention on the Rights of the Child**. Disponível em: <https://www.unicef.org/crc/index_30229.html>.

⁷⁷⁰ Cf. Decreto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

⁷⁷¹ Sobre isso ver: PIOVESAN, 1997, RAMOS, 2004. e TRINDADE, 1991.

da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança no âmbito do direito público e constitucional e da garantia dos direitos fundamentais das crianças? No que se traduz material e substancialmente essa prioridade absoluta da criança na garantia dos seus direitos fundamentais e na consideração primordial do seu melhor interesse?

Há um direito fundamental da criança a essa prioridade e consideração primordial de seus direitos e melhor interesse? Qual seu conteúdo, *status* e funções, no âmbito de uma teoria de direitos fundamentais?

Prioridade, segundo definição no dicionário, é “1 condição do que é o primeiro em tempo, ordem, dignidade. 2 possibilidade legal de passar à frente dos outros; preferência, primazia. 3 condição do que está em primeiro lugar em importância, urgência, necessidade, premência etc.”.⁷⁷²

Primordial, segundo o mesmo dicionário é: “1 relativo a primórdio. 2 que é a origem, o início de (algo); primeiro, primitivo. 3 que é contemporâneo da origem de alguma coisa; primigênio. 4 que é importante ou o mais importante; principal, básico, essencial”.⁷⁷³

Esses foram os termos que qualificaram, respectivamente, a garantia dos direitos fundamentais da criança no Artigo 227 da CF e a consideração do seu melhor interesse no art. 3º, 1, da CDC/ONU.

Constata-se, portanto, que ambos os termos apresentam uma importante qualificação da garantia ou consideração dos direitos e melhor interesse da criança pelo Estado, sociedade e família. Elas expressam o mesmo sentido, de que esses direitos e interesses não devem ser considerados da mesma forma que outras considerações. Ou seja, os direitos fundamentais e o melhor interesse da criança devem ser garantidos e considerados antes e acima de outros direitos ou interesses.

Nesse sentido, para os fins do presente trabalho e considerando o termo utilizado pela própria Constituição, adotou-se para ambas as qualificações a palavra “prioridade”.

Em uma busca da compreensão da absoluta prioridade dos direitos da

⁷⁷² Dicionário Houaiss (versão onlin: <www.houaiss.uol.com.br>), verbete: “prioridade”.

⁷⁷³ Ibid., verbete “primordial”.

criança e do seu melhor interesse por meio da teoria dos direitos fundamentais, a análise dos conceitos será dividida da seguinte forma: 1. a prioridade para o melhor interesse de crianças; 2. a prioridade para os direitos fundamentais de crianças; e, por fim, 3. a análise das funções e status do direito da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse como direito fundamental completo e razão de segunda ordem.

3.1. A prioridade do melhor interesse da criança

Um dos princípios basilares para a interpretação das medidas de proteção incluído pela Lei da Adoção de 2009 foi o inciso IV, o “interesse superior da criança e do adolescente”, que, como abordado em item específico sobre sua terminologia, é chamado aqui de o *melhor interesse da criança*, o qual já havia sido incorporado pelo Brasil ao sistema nacional pela ratificação, tanto da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 como pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Considerado inicialmente como um padrão (*standard*) para análise nas tradições jurídicas nacionais anglo-saxãs do *common law* de casos concretos de conflitos familiares que envolvem crianças – como destituição do poder familiar, família acolhedora, guarda e adoção –, hoje o conceito é utilizado como norma orientadora de toda aplicação dos direitos da criança, amplamente difundido em tratados do direito internacional público e em leis nas tradições do direito romano-germânico (*civil law*).⁷⁷⁴

Para facilitar a compreensão desse instituto, faz-se importante o entendimento das origens e conteúdos de cada conceito: 1. de suas raízes jurídicas históricas; 2. da sua incorporação na CDC/ONU; e 3. na legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras.

⁷⁷⁴ BREEN, Claire. **The standard of the best interests of the Child** – a western tradition in international and comparative law. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 44

3.1.1. As raízes jurídicas e históricas

Influenciados pela filosofia romântica e iluminista do século XVIII e da emergência das preocupações de filantropia de “salvamento da infância”, as cortes inglesas (Court of King’s Bench) começaram a transformar a jurisprudência *patria potestas*, baseada na ideia de direito natural do poder parental do pai, em uma doutrina do *parens patriae*. Por essa última doutrina, o Estado, por meio das cortes jurídicas, podia exercer o papel parental quando chamado a intervir em assuntos familiares, decidindo acerca do destino das famílias e das crianças, permeado por uma visão patriarcal de privilégio dos interesses paternos em detrimento dos interesses maternos.⁷⁷⁵

Contudo, o conceito do melhor interesse da criança foi mesmo desenvolvido jurisprudencialmente, pela ação de juristas como Lord Mansfield (William Murray), por meio do questionamento de normas que propagavam uma autoridade parental absoluta com preferência aos interesses do pai, seminal em casos como *Rex v. Devall*, de 1763, *Caso Blisset*, de 1774, e *Powel v. Cleaver*, de 1789, nos quais “o que é melhor para criança” era embasado pela propagação da doutrina da tenra idade (*tender ages*). Contudo, esse movimento não foi linear e, na maioria das vezes, a preferência dada ao genitor paterno era sobreposta ao interesse da criança, como no caso *De Manneville v. De Manneville*, de 1804, quando um bebê lactente de 11 meses foi retirado do convívio materno.⁷⁷⁶

Levada ao Estados Unidos pelos colonos como parte do *common law*, a tradição do melhor interesse da criança desenvolveu-se no século XIX, mais rapidamente do que em solo inglês, em conjunto com uma visão naturalista do direito e do florescimento de ideias utilitaristas, que, apesar de ser uma visão liberal contrária às intervenções estatais em diversas áreas da sociedade⁷⁷⁷, previa uma atuação estatal paternalista, especialmente para proteger as crianças e seus

⁷⁷⁵ KOHM, Lynne Marie. **Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence**, 10 *Journal of Law & Family Studies*, 337, 2008, p. 346.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 354-356.

⁷⁷⁷ Cf. DEVIGNE, R., 2006, *Reforming Liberalism: J.S. Mill’s Use of Ancient, Religious, Liberal, and Romantic Moralities*, New Haven, CT: Yale University Press; ou Long, D. G., 1977, *Bentham on Liberty: Jeremy Bentham’s Idea of Liberty in Relation to his Utilitarianism*, Toronto: University of Toronto Press.

interesses, como nas ideias de John Stuart Mill⁷⁷⁸ e Jeremy Bentham⁷⁷⁹.

Foi em uma decisão no tribunal da Pennsylvania, no caso *Commonwealth v. Addicks*, de 1815, que o melhor interesse da criança parece ter sido usado pela primeira vez como critério jurídico central, ainda que avaliado por conteúdos moralistas típicos à época. Era um caso de transferência da guarda de duas meninas irmãs da mãe para o pai; em função da traição da mãe e do fim o casamento, a corte entendeu que essa mudança de guarda era necessária para anteder os melhores interesses das meninas, que deveriam ter um bom exemplo feminino para o seu crescimento. Influenciando, ainda, a execução da sentença, a corte, por sua visão de melhor interesse das meninas, determinou que a remoção da guarda não fosse de forma abrupta, conduzida de forma a evitar um choque violento para as crianças e para a mãe.⁷⁸⁰

O uso desse critério se espalhou pelas cortes estaduais, como no caso *United States v. Green*, de 1824, em Rhode Island, e *Commonwealth v. Wales Briggs*, de 1834, em Massachusetts. Em 1840, destaca-se o importante caso *Mercein v. Barry*, em New York, no qual a decisão em primeira instância de preferência de guarda ao pai foi revista pelos tribunais superiores, inclusive pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1847, que, apesar de ter afirmado a ausência de sua jurisdição, aproveitou a oportunidade para afirmar o dever das cortes estaduais de garantir que as decisões judiciais sejam em benefício da criança.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ Mill, ao desenvolver sua doutrina acerca da liberdade, asseverou: “It is, perhaps, hardly necessary to say that this [liberty] doctrine is meant to apply only to human beings in the maturity of their faculties. We are not speaking of children, or of young persons below the age which the law may fix as that of manhood or womanhood. Those who are still in a state to require being taken care of by others, must be protected against their own actions as well as against external injury.” (MILL, 2001, p. 74-75).

⁷⁷⁹ “The feebleness of infancy demands a continual protection. Everything must be done for an imperfect being, which as yet does nothing for itself. The complete development of its physical powers takes many years; that of its intellectual faculties is still slower. At a certain age, it has already strength and passions, without experience enough to regulate them. Too sensitive to present impulses, too negligent of the future, such a being must be kept under an authority more immediate than that of the laws, (...)” (JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION, VOL. I, 248 (R. Hildreth trans., Weeks, Jordan, & Co. 1840). Apud: KOHM, Lynne Marie. Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, 10 Journal of Law & Family Studies 337, 2008, p. 349.

⁷⁸⁰ KOHM, 2008, op. cit., p. 358.

⁷⁸¹ KOHM, 2008, op. cit., p. 362.

Tais casos tiveram grande repercussão nos Estados Unidos ao longo dos séculos XIX e XX, não somente em novas decisões judiciais no âmbito de conflitos familiares⁷⁸² – pela consagração de uma ampla discricionariedade por parte do juiz para a decisão dos casos com base na doutrina –, mas também na elaboração de leis estatutárias estaduais (como a lei da adoção de Massachussetts em 1851) e em outras questões envolvendo crianças, como na jurisprudência da justiça juvenil da criança em conflito com a lei.

Assim, constata-se o fato de que, inicialmente, o instituto do melhor interesse da criança era majoritariamente utilizado para casos familiares de disputas de guarda, como forma de se decidir qual dos pais poderia satisfazer da melhor forma os interesses da criança sob custódia.

Importante destacar igualmente o desenvolvimento do conceito de melhor interesse nas legislações do sistema romano-germânico na Alemanha, chamado de *Kindeswohl*, que teve sua primeira menção no Código Civil alemão (BGB) de 1900, como instituto para prever a intervenção do Estado na família para proteger a criança da ameaça do seu melhor interesse (*Gefährdung des Kindeswohls*) em disputas familiares.⁷⁸³ Contudo, como aponta Wapler, tanto o conceito de melhor interesse da criança quanto o de má conduta parental (*Fehlverhaltens*) eram “vagos e indefinidos”, garantindo predominância da autonomia familiar e parental, apesar de casos existentes do uso do instituto para restrição estatal na liberdade política e religiosa da família.⁷⁸⁴ Nesse sentido, durante o período do nacional-socialismo (1933-1945), o instituto do melhor interesse foi instrumentalizado pelo Estado para reforma da sociedade por uma progressiva e forte intervenção estatal na vida privada das famílias, prevendo seus hábitos, costumes e cultura na educação moral dos filhos.⁷⁸⁵

Importante, ainda, salientar o desenvolvimento do conceito no âmbito das normas sobre cuidado e proteção da criança contra maus-tratos, nas quais o melhor

⁷⁸² Baird v. Baird em 1869 (21 N.J. Eq. 384); O’ Conner v. Turner em 1870 (55 III. 280, 5); Clark v. Bayer em 1877 (32 Ohio St. 299, 305); Chapsky v. Wood em 1881 (26 Kan. 650, 2); Richard v. Collins em 1889 (17 A. 831, 832 N.J.); Merritt v. Swimley em 1886 (82 Va. 433, 4), dentre outras (KOHM, 2008, p. 363-370).

⁷⁸³ WAPLER, op. cit., p. 29.

⁷⁸⁴ Ibid., p. 41.

⁷⁸⁵ Ibid., p. 58.

interesse da criança ganha um aspecto coletivo, de cuidado de todas as crianças contra abuso, negligência e abandono. Nos Estados Unidos, apesar de existirem casos em cortes estaduais desde 1655⁷⁸⁶, a nacionalização da perspectiva protecionista de crianças, mesmo no ambiente privado das famílias, ganhou forças com o caso de Mary Ellen Wilson, menina de 10 anos de idade, adotada irregularmente pelo casal Connolly e submetida pela mãe adotiva a uma série de abusos e violências físicas e psicológicas⁷⁸⁷.

O caso, com ampla cobertura de imprensa e grande indignação pública, foi levado à Suprema Corte do estado de Nova Iorque em 1874, por Elbridge Thomas Gerry, da American Society for the Prevention of Cruelty to Animals⁷⁸⁸, ao juiz Abraham Lawrence, que determinou o afastamento de Merry Ellen do casal Connolly e seu encaminhamento a uma família substituta, mas não citando o instituto do melhor interesse da criança em suas decisões. Após a grande repercussão do caso, com o julgamento e a condenação da sra. Connolly à prisão por um ano, foi criada a primeira associação não governamental dos Estados Unidos para prevenção da crueldade contra crianças, a New York society for the Prevention of Cruelty to Children, ideia que se espalhou posteriormente por todo o território estadunidense.⁷⁸⁹

Contudo, apesar do caso ser uma marca da história da proteção da criança nos Estados Unidos, especialmente pelo engajamento da sociedade civil, registra-se a existência anterior de abrigos públicos para o acolhimento de crianças submetidas a maus-tratos, o que indica reconhecimento de um dever público de intervenção em casos de abuso e negligência parental, com a possibilidade de remover a criança da

⁷⁸⁶ Conforme apontado por Bremner, o estado de Massachusetts processou no século XVIII três casos de maus-tratos a crianças, pelos quais um adulto foi sentenciado à prisão pela morte de uma criança por castigos excessivos, e, nos outros casos, as crianças foram removidas de suas casas e da autoridade parental (BREMNER, 1970, p. 124-125)

⁷⁸⁷ MYERS, John E.B. **Child Protection in America: Past, Present, and Future**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 27-34.

⁷⁸⁸ Esse fato permitiu que uma narrativa sobre o caso fosse amplamente difundida, especialmente na literatura de assistência social nos Estados Unidos, segundo a qual Mary Ellen teria sido comparada pela corte e autoridades como um animal para receber a devida proteção. Contudo, como aponta estudos sobre o caso, Elbridge Gerry atuou de forma privada no caso e não por meio de sua associação de proteção aos animais (MYERS, 2006, p. 33). Ver ainda: WATKINS, 1990, p. 500-503.

⁷⁸⁹ MYERS, op. cit., p. 34.

autoridade parental.⁷⁹⁰

Seguindo no sentido de uma especialização temática, cortes específicas para conflitos familiares foram criadas nos Estados Unidos (a primeira em 1909, em Buffalo - NY), reforçando a especialização judicial na análise dos casos, com influência de ideias de outras ciências humanas, como elementos do desenvolvimento e psicologia infantis propagados no famoso livro *Beyond the best interests of the child*, da psicanalista infantil Anna Freud e dos professores da Faculdade de Direito de Yale, Albert J. Solnit e Joseph Golstein, que advogaram por rápidas decisões judiciais em processos de guarda, destituição familiar ou adoção, para que a criança tivesse seu melhor interesse atendido, o que, nesse caso, significava a necessidade psicológica de um ambiente familiar estável na guarda somente de um dos progenitores ou de uma nova e permanente família, evitando as mazelas psicológicas da institucionalização.⁷⁹¹

Na Alemanha, essa preocupação com relação aos maus-tratos de crianças iniciou-se já com o Código Civil de 1900, em seu art. 1666, mas foi em 1922 que uma lei específica (*Reichsjugendwohlfahrtsgesetz*) detalhou o dever do Estado de proteção à criança, criando as estruturas institucionais dos *Jugendamts*⁷⁹² e determinando que em todas as decisões judiciais sobre a criança, inclusive em disputas de guarda, o melhor interesse da criança era análise obrigatória.⁷⁹³ Essa mesma lei introduziu na Alemanha o conceito de direitos específicos das crianças, conforme art. 1º, que estabelecia “o direito da criança à educação para a capacidade corporal, mental e social”⁷⁹⁴, o que depois foi intensificado e fortalecido com as disposições de tratados internacionais específicos dos direitos da criança.

Todavia, com o fortalecimento do uso do instituto do melhor interesse em

⁷⁹⁰ Cf. FOLKS, H. **Care od destitute, neglect, and delinquent children**. New York: Macmillan, 1902.

⁷⁹¹ Cf. FREUD, Anna; GOLDSTEIN, Joseph; SOLNIT, Albert. **No interesse da criança**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

⁷⁹² O *Jugendamt* é comparável ao Conselho Tutelar no Brasil, mas com maior atribuição legal e atuação organizacional dentro do governo local, cujas fundações jurídicas podem ser encontradas no oitavo livro do de Direito Social (*Sozialgesetzbuch, SGB VIII*), que versa sobre bem-estar da criança e do jovem. De acordo as disposições legais, todas as instituições locais de serviços públicos de bem-estar infantil e juvenil devem estabelecer um órgão de bem-estar juvenil.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 46-47.

⁷⁹⁴ Tradução livre de: das “recht des kindes auf erziehung zu leiblicher, seelischer und gesellschaftlicher Tüchtigkeit”.

diversas jurisprudências, outras áreas, para além dos casos familiares privados, começaram a utilizá-lo durante o século XX. Nos Estados Unidos, foi justamente no âmbito da justiça juvenil que essa doutrina teve uma das decisões mais importantes pela Suprema Corte, que garantiu às crianças direitos fundamentais, especificamente o direito fundamental ao processo justo (*due process*) no caso *In re Gault*, de 1967.⁷⁹⁵ Contudo, a mesma Corte garantiu primazia aos direitos parentais de uma família amish que não aceitava a obrigatoriedade da matrícula escolar no estado de Wisconsin, no caso *Wisconsin v. Yoder*, de 1972.⁷⁹⁶

A influência estadunidense no desenvolvimento da doutrina do melhor interesse da criança foi decisiva tanto nas cortes inglesas quanto nas normativas internacionais, que começaram a adotar o critério do melhor interesse da criança como doutrina não somente para a resolução de casos de conflitos familiares, mas também na orientação geral da aplicação dos direitos da criança.⁷⁹⁷

A Declaração dos Direitos da Criança de 1924 da Liga das Nações, em seus princípios 2º e 7º afirmou, respectivamente, que “na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança” e “os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais”. Posteriormente, o mesmo texto foi incorporado pelo sistema ONU na Declaração de 1959 e em diversas outras provisões e recomendações de seus órgãos, como nos artigos 5(b)⁷⁹⁸ e 16 (1)(d)⁷⁹⁹ da Convenção sobre a Eliminação de

⁷⁹⁵ Acusado de ter feito ligações telefônicas obscenas, Gerald Gault, de 15 anos, condenado por um Juiz Juvenil a ser reconhecido como “delinquente juvenil” e trabalhar na Escola Industrial do Estado até completar a maioridade. Seus pais interpuseram uma ação de *habeas corpus* nos tribunais estaduais para contestar a constitucionalidade do Código Juvenil do Arizona e o procedimento realmente usado no caso de Gerald, com base na negação de vários direitos processuais devidos, o que foi negado pela Suprema Corte do Estado afirmou o indeferimento do mandado. O caso, então, foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos, a qual concordou em ouvir o caso para determinar os direitos processuais do devido processo de um acusado de delito juvenil.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, 368.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 360.

⁷⁹⁸ “Garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.”

⁷⁹⁹ “d) Os mesmos direitos e responsabilidades como pais, qualquer que seja seu estado civil, em matérias pertinentes aos filhos. Em todos os casos, os interesses dos filhos serão a consideração

Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 e seus Comentários Gerais e nas recomendações aos países por parte do Comitê dos Direitos Humanos.

Outros tratados internacionais não relacionados apenas à criança começaram igualmente a incorporar o melhor interesse da criança, como a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981, que em seu art. 5º prevê expressamente a aplicação deste instituto.⁸⁰⁰

Contudo, com a proposição do governo polonês de uma Convenção para as crianças e seus direitos em 1978, inicialmente com os textos da Declaração de 1959 não vinculativa, o melhor interesse da criança foi tema de atenção internacional entre os países no âmbito da ONU, os quais estavam em uma intensa polarização em plena Guerra Fria. Permeados pelos debates acerca do universalismo dos direitos humanos e do relativismo cultural, especialmente entre os direitos civis e políticos e os econômicos, culturais e sociais, tensionado pelo então presidente dos Estados Unidos, Ronald Reagan, os debates da Convenção foram atrasados pelas dificuldades de negociação no texto comum.⁸⁰¹

Especificamente, no processo de 10 anos das negociações e escrita da CDC/ONU, o conteúdo e definição da expressão “melhor interesse da criança” não foi objeto de disputa, que por sua generalidade era aceito pacificamente. Todavia, o debate maior se deu no âmbito do uso dos termos “primordial” (*paramount*) ou “principal” (*primary*) e do artigo definido (a ou *the*) ou indefinido (uma ou *a*) para qualificar a consideração do melhor interesse da criança por parte das ações dos Estados, tendo sido escolhido o termo “a primordial” (*a primary*) para a disposição geral, como forma de atenuar a força da expressão, temida por alguns Estados

primordial”

⁸⁰⁰ “§2. Toda criança gozará do direito de ter acesso à educação em matéria de religião ou convicções conforme seus desejos ou, no caso, seus tutores legais, e não lhes será obrigado a instrução em uma religião ou convicções contra o desejo de seus pais ou tutores legais, servindo de princípio essencial o interesse superior da criança. (...)§4. Quando uma criança não esteja sob a tutela de seus pais nem de seus tutores legais, serão levados em consideração os desejos expressos por eles ou qualquer outra prova que se tenha obtido de seus desejos em matéria de religião ou de convicções, servindo de princípio orientador o interesse superior da criança.”

⁸⁰¹ ALSTON, Philip. The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights. **International Journal of Law and the Family** 8, 1-25, p 5-9, 1994.

envolvidos no grupo de trabalho da Convenção.⁸⁰²

Segundo Philip Alston, um dos envolvidos na redação da Convenção como conselheiro da Unicef, a falta de uma discussão mais aprofundada sobre o conteúdo do conceito teria sido em função da familiaridade daqueles que compunham a comissão de escrita com o conceito em seus países de origem, ainda que existissem controvérsias sobre sua aplicação em função da grande discricionariedade deixada aos tomadores de decisão.⁸⁰³

Ao fim de todo o processo, que culminou na adoção por parte da Assembleia Geral da ONU da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989, o melhor interesse da criança foi incorporado em oito diferentes dispositivos⁸⁰⁴, em especial no art. 3º, 1, considerado uma norma guarda-chuva de toda a Convenção:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.” (grifos nossos)

Como pode ser observado, a tradução oficial do Decreto nº 99.710 de 1990, que promulgou a Convenção no Brasil, utiliza o termo “maior interesse”. Documentos oficiais de órgãos da ONU, como a tradução em português da própria Convenção pela Unicef, utilizam também do termo “superior interesse”⁸⁰⁵. Considera-se, todavia, que a melhor tradução para o termo “*the best interests of the child*” é “o melhor interesse da criança”, conforme análise da incorporação do termo no Brasil que será feita em item específico adiante.

Ainda, há referência ao melhor interesse da criança em todos os três protocolos alternativos à Convenção: Protocolo facultativo relativo à venda de

⁸⁰² Ibid., p. 12.

⁸⁰³ Ibid., p. 10-11.

⁸⁰⁴ Artigo 9º, 1, sobre a separação conjugal dos pais; Artigo 9º, 4, sobre o direito de contato com os pais mesmo quando separados por necessidade; Artigo 18º, sobre as responsabilidades parentais; Artigo 20º, sobre a proteção da criança privada de ambiente familiar; Artigo 21º, sobre adoção; Artigo 37º, (c), sobre a separação da criança privada de liberdade dos adultos detidos; Artigo 40º, § 2º (b), (iii), sobre as garantias processuais, como assistência adequada e a presença dos pais em audiências judiciais sobre matérias penais que envolvam crianças em conflito com a lei.

⁸⁰⁵ Cf. tradução encontrada em: < https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf>

crianças, prostituição e pornografia infantis (preâmbulo e art. 8º), Protocolo facultativo relativo à Participação de Crianças em Conflitos Armados (preâmbulo) e Protocolo facultativo relativo à Instituição de um Procedimento de Comunicação (preâmbulo e artigos 2º e 3º).

A adoção por parte da Convenção dessa doutrina permitiu uma universalização desse conceito com raízes no *common law* estadunidense, especialmente pelo fato de a Convenção ser o tratado internacional com maior adesão da história, por todos os países, com exceção, ironicamente, dos Estados Unidos. Assim, pela ratificação dos tratados internacionais inúmeros países, inclusive de tradições legais germano-romanas, incorporaram esse conceito em suas legislações nacionais, não só para os temas do direito de família.

Ainda, o melhor interesse da criança passa a ser visto como norma de direito público, podendo ser verificada em diversas Constituições e nos sistemas internacionais ou regionais de proteção a direitos humanos, como nas decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos⁸⁰⁶, na Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸⁰⁷ e em disposições expressas na Carta Africana dos Direitos e Bem-

⁸⁰⁶ São vários os casos em que a Corte se utiliza do conceito do melhor interesse da criança, quando em análise do Artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por entender que “there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be Paramount” (Neulinger and Shuruk v. Switzerland, no. 41615/07, 6 July 2010, § 135–136). No caso X., Y. And Z. V. United Kingdom (n. 21830/93), a corte asseverou que “the community as a whole has an interest in maintaining a coherent system of family law which places the best interests of the child at the forefront”. Em outras decisões, os temas variam e incluem: direito à educação, herança e filiação, identidade pessoal, cidadania, violência doméstica, maus-tratos pela política, detenção juvenil, cuidados alternativos, adoção, autoridade parental etc. Casos recentes podem ser citados: *Chibihi Loudoudi and Others v. Belgium*; *Berisha v. Switzerland*; *Mugenzi v. France*, *Tanda-Muzinga v. France and Senigo Longue and Others v. France*; *Menesson and Others v. France and Labassee v. France*; *N.T.s.v. Georgia (no. 71776/12)*; *Mandet v. France*; *S.L. and J.L. v. Croatia (no. 13712/11)*; Sobre isso ver: JACOBSEN, 2016.

⁸⁰⁷ “A incorporação dos princípios fundamentais em matéria de infância que se encontram consagrados no texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, como o princípio de não discriminação, o princípio de participação, o princípio do desenvolvimento e sobrevivência da criança e o princípio do interesse superior da criança, estão presentes nas decisões adotadas no sistema regional. De modo ilustrativo, cabe mencionar que uma das primeiras referências ao princípio do interesse superior da criança nas decisões da Comissão encontra-se em seu Relatório Anual de 1997, o qual estabeleceu que em todos os casos que envolvam decisões que afetem a vida, a liberdade, a integridade física ou moral, o desenvolvimento, a educação, a saúde ou outros direitos dos menores de idade, essas decisões sejam tomadas à luz do interesse mais vantajoso para a criança” (CIDH. Capítulo VII. Recomendações aos Estados membros em áreas nas quais devem ser adotadas medidas para a cabal observância dos direitos humanos, em conformidade com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre

Estar da Criança de 1992⁸⁰⁸, na Convenção sobre a Proteção de Menores e a Cooperação em matéria de Adoção Internacional de 1993⁸⁰⁹, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000⁸¹⁰ e das Regras de Bangkok de 2010⁸¹¹.

Importante ser notado, todavia, que o uso da doutrina do melhor interesse da criança de forma genérica, para além dos conflitos familiares e em sistemas que preveem e elencam expressamente direitos específicos a crianças, como no âmbito do *civil law* ou na própria CDC/ONU, traz consequências relevantes para o seu entendimento, uma vez que a especificação prévia de direitos da criança é realizada justamente para garantir seu melhor interesse em diversos temas e conflitos em casos concretos, orientando sua resolução e diminuindo a discricionariedade da aplicação da norma.

Assim, apesar de ser um critério com ampla utilização histórica e com expressões em diversos sistemas jurídicos nacionais e internacionais, o melhor interesse da criança, por sua dificuldade de definição prévia, geral e abstrata, para todos os possíveis casos de utilização, apresenta-se como um conceito de ampla intedeterminação, fazendo-se necessário uma articulação com outras ferramentas ou expressões jurídicas, como a própria previsão de direitos específicos, conforme será visto adiante.

3.1.2. A incorporação do instituto do melhor interesse da criança pela Convenção sobre os Direitos da Criança

A incorporação do instituto do melhor interesse da criança pela CDC/ONU

Direitos Humanos. **Relatório Anual**, 1997.); Ver também: Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. **Opinión Consultiva** OC-17/02, Serie A. n. 17, 28 ago. 2002.

⁸⁰⁸ “Artigo 4: Melhor Interesse da Criança 1. Em todas as acções relativas à criança realizadas por qualquer pessoa ou autoridade dos melhores interesses da criança será a consideração primordial.”.

⁸⁰⁹ “Article 1 - The objects of the present Convention are - a) to establish safeguards to ensure that intercountry adoptions take place in **the best interests of the child** and with respect for his or her fundamental rights as recognised in international law;” (grifos nossos)

⁸¹⁰ Artigo 24: “2. Todos os atos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, ter o primacialmente em conta o interesse superior da criança.”.

⁸¹¹ Regra 2: “2. Antes ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a medida privativa de liberdade, levando em consideração o melhor interesse das crianças.”.

e, portanto, pelo sistema de proteção internacional de direitos humanos, permitiu não somente sua difusão ainda maior pelo mundo, nos sistemas normativos nacionais, como também a definitiva ampliação de seu uso para todos os temas, conflitos ou decisões que envolvem crianças, para além dos conflitos ou disputadas familiares, como uma espécie de conceito orientador da Convenção.

Pela leitura de cada dispositivo da Convenção, constata-se que o melhor interesse da criança foi introduzido na Convenção com duas finalidades: (i) como forma de garantir uma orientação geral e principiológica da aplicação das normas e na condução das ações por parte do Estado e de agentes privados envolvendo crianças; e (ii) como uma forma de excepcionalizar a aplicação de um direito específico previsto, permitindo que o tomador de decisão module a aplicação da norma conforme o contexto do caso concreto, ou seja, como um instituto legitimador da discricionariedade ou sopesamento dos interesses envolvidos no caso concreto, garantindo uma ampla margem de apreciação.

Como orientação geral de conduta e aplicação das normas, encontram-se: o art. 3º, 1 e sua disposição abrangente sobre o dever de todas as instituições e agentes estatais ou privados de levar em consideração primordialmente o melhor interesse da criança (“*the best interests of the child shall be a primary consideration*”); o art. 18, 1, que prevê o melhor interesse da criança como a preocupação fundamental de ambos os pais na relação com as crianças (“*The best interests of the child will be their basic concern*”); e o art. 21, *caput*, que garante que o melhor interesse da criança nos processos de adoção deve ser considerado primordialmente (“*the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration*”).

Segundo o Comentário Geral n. 14 (2013) sobre o direito da criança que o seu interesse superior seja primacialmente tido em conta, que traz a interpretação detalhada do Comitê dos Direitos da Criança da ONU sobre o art. 3º, 1 da Convenção, o conceito de melhor interesse “visa assegurar a fruição plena e efetiva de todos os direitos reconhecidos na Convenção e o desenvolvimento global da criança”⁸¹² em todas as ações, omissões ou decisões relativas direta ou

⁸¹² CRC/C/GC/14 - General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her

indiretamente a crianças⁸¹³, por qualquer agente ou instituição pública ou privada, incluindo todos os poderes do Estado e entidades da sociedade, inclusive empresas⁸¹⁴.

O Comitê entende, ainda, que esse conceito, além de ser um dos quatro princípios gerais da Convenção⁸¹⁵, é dinâmico⁸¹⁶ e tem natureza tripla: (i) um “direito substantivo”, pelo qual a criança possui o direito, de natureza autoexequível e com possibilidade de ser demandado perante um tribunal, de que seu melhor interesse será avaliado e aplicado ou garantido primordialmente; (ii) um “princípio interpretativo”, pelo qual uma disposição aberta deve ser interpretada no sentido em que melhor satisfaça o interesse da criança; e (iii) uma “regra processual”, segundo a qual deve sempre haver uma avaliação do impacto da decisão nas crianças ou grupo de crianças envolvidas e também deve garantir uma fundamentação adequada da escolha feita, explicitando os critérios da decisão e como os direitos da criança foram ponderados contra outras considerações, sejam de políticas públicas ou questões individuais.⁸¹⁷

O referido Comentário, prevendo medidas específicas em seu item n. 15, compreende que as obrigações dos Estados Partes consistem na garantia de que o melhor interesse seja: (i) integrado adequadamente e sistematicamente aplicado em todas as ações e dimensões do Estado e suas instituições; (ii) observado de forma primordial em todas as decisões judiciais e administrativas, as quais devem ser devidamente justificadas; e (iii) observado e aplicado pelo setor privado, como empresas prestadores de serviço ou qualquer outra entidade privada que tomem decisões que impactam crianças.⁸¹⁸

Já no segundo grupo, como forma de excepcionalizar a aplicação de um determinado direito para atender o melhor interesse da criança, estão: o art. 9º, 1,

best interests taken as a primary consideration (Artigo 3, parágrafo 1), p. 3.

⁸¹³ Idem, p. 14.

⁸¹⁴ Idem, p. 15-16.

⁸¹⁵ Comentário Geral do Comitê n.º 5 (2003) sobre medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança, parágrafo 12; e n.º 12 (2009) sobre o direito da criança a ser ouvida, parágrafo 2.

⁸¹⁶ Idem, p. 5.

⁸¹⁷ Idem, p. 4.

⁸¹⁸ Idem, p. 5.

que prevê o direito da criança de não ser separada de seus pais, em que o melhor interesse da criança surge como forma de mitigar esse direito, possibilitando que em casos de abuso ou negligência, as crianças sejam retiradas da autoridade parental por meio de uma determinação judicial para uma separação necessária; o art. 9º, 3, que determina o direito de contato direto da criança com seus pais em situações de separação, mas que pode ser restringido para atender o melhor interesse da criança; o art. 20, 1, que prevê a necessidade de proteção e assistência do Estado para o cuidado alternativo da criança e repetindo que a separação dos pais ou a privação do convívio familiar será somente no melhor interesse da criança; o art. 37, (d), que prevê o direito da criança privada de liberdade ser separada de adultos, mas com a possibilidade disso não acontecer para satisfazer o seu melhor interesse⁸¹⁹; o art. 40, 2, (b), III, que prevê para crianças em conflito com a lei o direito de ter seus pais presentes durante os procedimentos judiciais, se isso não contrariar seu melhor interesse.

Nota-se que para esse último grupo de situações excepcionais, o melhor interesse da criança é utilizado em situações relacionados a contextos familiares, muito próximo da gênese de aplicação da doutrina no *common law* estadunidense. Entende-se que casos de família e seus conflitos são muito difíceis de serem avaliados de forma abstrata e geral, devido as particularidades e dinâmicas únicas de cada núcleo familiar. Dessa forma, a aplicação de normas nesses contextos, como em disputas de guarda, deve ser feita sempre com muita sensibilidade e, de certa forma, com flexibilidade e discricionariedade para avaliação das especificidades de cada caso por parte da corte. O padrão do melhor interesse da criança cumpre, portanto, o papel de garantir essa flexibilidade e discricionariedade, permitindo uma margem de apreciação e interpretação das

⁸¹⁹ Essa provisão diz respeito não somente a crianças sujeitas à justiça juvenil quando em conflito com a lei, mas também a crianças que são privadas de liberdade em função de problemas de saúde e psicossociais (como crianças internadas com dependência química) ou para crianças migrantes que são, muitas vezes, submetidas a prisões e, como medida paliativa, devem ficar com seus pais, ainda que todos com restrição de liberdade. Contudo, ressalta-se que o direito humano a não a prisão arbitrária se aplica igualmente à migração, em especial de vulneráveis, como crianças desacompanhadas, Cf: OHCHR/UN. **Principles and Guidelines supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations**. Global Migration Group, Geneva: OHCHR, 2017.

normas de acordo com o caso concreto.⁸²⁰

Conforme esclarece o guia de implementação da Unicef para a CDC/ONU, ao analisar o art. 3º, “o conceito adquire particular importância em situações em que outras disposições mais específicas da Convenção não se aplicam”⁸²¹, o que reforça a intenção original da Convenção de garantir uma orientação geral para todos os casos que envolvam crianças, ainda que não previstos especificamente.

Philip Alston argumenta, ainda, que essa abertura na aplicação nos direitos da criança propiciada pela incorporação do padrão do seu melhor interesse seria, justamente, uma janela para reconciliar cultura e direitos humanos, os quais são permeados por um eurocentrismo que apresenta hostilidade a países não ocidentais. Pondera, igualmente, que os direitos culturais não podem ser uma metanorma, que funcionem acima de qualquer outra, restringindo inadvertidamente outros direitos.⁸²² Contudo, o autor não apresenta nenhuma forma ou estrutura analítica para realizar essa ponderação entre os direitos culturais e outros direitos da criança.

Destaca-se, todavia, que essa flexibilidade é justamente o que se mais critica no conceito jurídico do melhor interesse, uma vez que sua indeterminação substantiva, sujeita à aplicação caso a caso, abre possibilidade para a alta discricionariedade e projeção subjetiva dos tomadores de decisão⁸²³, que podem se utilizar do conceito para esconder preconceitos e posicionamentos ideológicos, como sentimentos homofóbicos, racistas ou julgamentos morais relacionados à classe ou questões culturais (*cultural or class bias*), ainda que inconscientes.⁸²⁴

Tal crítica foi expressa seminalmente por Robert Mnookin em 1973, ao

⁸²⁰ Cf. SCHNEIDER, Carl E. **Discretion, Rules, and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard**, 89 Mich. L. Rev. 2215, 1991, p. 2261-2264.

⁸²¹ Tradução livre de: “The concept acquires particular significance in situations where other more specific provisions of the Convention do not apply.” (UNICEF. **Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child**. 2007, p. 35).

⁸²² ALSTON, 1994, p. 17-20.

⁸²³ Cf. MNOOKIN, Robert. **Foster Care—In Whose Best Interest?**. Harvard Educational Review: December 1973, Vol. 43, No. 4, pp. 599-638, 1973; Ver também: MNOOKIN, Robert. **Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy**, 39 L. & Contemp. Prob. 226, 1975.

⁸²⁴ FREEMAN, Michael. Article 3 – the best interests of the child. In: ALLEN André et al. **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**. London: Martius Nijhoff, 2007, p. 2. Também: APPELL, Annete; BOYER, Bruce. Parental rights vs. best interests of the child: a false dichotomy in the context of adoption. **Duke Journal of gender law & policy**, v. 2:63, 1995, p. 81.

analisar a aplicação do instituto nos Estados Unidos em casos de destituição do poder familiar, propondo o estabelecimento de normas mais objetivas para limitação da discricionariedade e subjetividade das decisões, muitas vezes inconsciente e estruturalmente preconceituosas:

“Os padrões legais atuais para remoção, sob os quais tribunais cada vez mais se propõem a fazer determinações individualizadas do que é do melhor interesse da criança, contribuem significativamente para as falhas do atual sistema de assistência social. Minha crítica não é que os padrões atuais deixem de dar um peso adequado aos interesses dos pais, em comparação com os interesses da criança; de fato, o foco da preocupação social provavelmente deveria estar na criança. Também não acredito que seja sempre inapropriado remover uma criança da custódia dos pais para ser colocada em um abrigo ou família acolhedora⁸²⁵; em algumas circunstâncias, nada menos drástico protegerá a criança de pais abusivos ou negligentes. Em vez disso, o que está errado com os padrões legais existentes é que eles exigem determinações individualizadas baseadas em avaliações discricionárias dos melhores interesses da criança, e essas determinações não podem ser feitas de forma consistente e justa. Eles resultam na colocação desnecessária de crianças em um orfanato e fazem pouco para proteger as crianças contra permanecerem em um orfanato por muito tempo. Consequentemente, mudanças substanciais nos padrões legais são necessárias, projetadas para tornar mais difícil a remoção das crianças inicialmente e para proporcionar mais continuidade e estabilidade para as crianças, se a remoção for necessária. Essas mudanças implicarão mais do que salvaguardas processuais adicionais.”⁸²⁶

No art. 1975, argumenta que:

⁸²⁵ No Estados Unidos, o termo *foster care* é utilizado tanto para o cuidado alternativo da criança por acolhimento institucional, em abrigos, como para as famílias acolhedoras. Inclusive, a colocação de crianças em famílias acolhedoras representa mais de 80% do modelo de *foster care* no país, ao contrário do Brasil, que não chega a 20%.

⁸²⁶ Tradução livre de: “Current legal standards for removal, under which courts increasingly purport to make individualized determinations of what is in the best interests of the child, contribute significantly to the failings of the present foster care system. My criticism is not that present standards fail to give adequate weight to parental interests, as compared to the child's interests; indeed, the focus of social concern probably should be on the child. Nor do I believe that it is always inappropriate to remove a child from parental custody for placement in foster care; in some circumstances nothing less drastic will protect a child from abusing or neglectful parents. Instead, what is wrong with the existing legal standards is that they call for individualized determinations based on discretionary assessments of the best interests of the child, and these determinations cannot be made consistently and fairly. They result in the unnecessary placement of children in foster care and do little to protect children against remaining in foster care for too long. Accordingly, substantial changes in the legal standards are needed, designed to make it more difficult to remove children initially and to provide more continuity and stability for children if removal is necessary. These changes will entail more than added procedural safeguards.” (MNOOKIN, 1973, p. 602).

“Para a função de proteção à criança, os padrões legais definem as circunstâncias que justificam a intervenção governamental coercitiva na família em particular. Aqui, o uso de padrões indeterminados é injusto e imprudente. Proporciona ao Estado muito poder para intervir na família e tem consequências muito adversas para as crianças que foram retiradas da custódia dos pais por razões de proteção à criança. O fato do objetivo da intervenção coercitiva do Estado ser pensada no sentido do cuidado e para o benefício da criança não justifica a incapacidade de desenvolver padrões jurídicos melhor definidos que limitem a ampla discricção atualmente dada aos profissionais envolvidos em processos de negligência e socioacolhimento.”⁸²⁷

Nessa mesma linha, Jon Elster defende igualmente em famoso artigo de 1987 a indeterminação do instituto, especialmente para disputas de guarda, sugerindo três alternativas: (i) uma forte presunção materna, como forma de compensar a posição econômica das mulheres na sociedade, mas com o efeito negativo de perpetuar papéis sociais, inclusive da própria mulher; (ii) uma forte presunção do cuidador primário, na qual a mulher também seria beneficiada, mas com o mesmo efeito negativo da sugestão anterior; e (iii) um processo de decisão aleatório, que aumenta o poder de barganha dos homens sobre as mulheres, mas permite um tratamento igualitário.⁸²⁸

Tais críticas reverberam amplamente, possibilitando tentativas de melhor definição do instituto em leis estaduais, como a do estado de Minnesota de 1994, que estabelece uma série de variáveis a serem analisadas na aplicação do instituto.⁸²⁹ Contudo, muitos autores consideram os critérios legais igualmente

⁸²⁷ Tradução livre de: “For the child-protection function, legal standards define the circumstances that justify coercive governmental intervention into the family in particular. Here, the use of indeterminate standards is unjust and unwise. It provides the state with too much power to intervene into the family, and it has very adverse consequences for children who have been removed from parental custody for reasons of child protection. That the purpose of coercive state intervention is high-minded and for the benefit of the child does not justify the failure to develop better defined legal standards that limit the wide discretion presently given to professionals involved in juvenile court child-neglect proceedings and the foster-care system.” (MNOOKING, 1975, p. 292).

⁸²⁸ ELSTER, Jon. Solomonic Judgments: against the best interest of the child. **The University of Chicago Law Review**, v. 54, n. 1, p. 1-45, 1987, p. 44.

⁸²⁹ Cf. MINN. Stat. Ann. Sex. 518.17: “Best interests of the child. (a) In evaluating the best interests of the child for purposes of determining issues of custody and parenting time, the court must consider and evaluate all relevant factors, including: (1) a child's physical, emotional, cultural, spiritual, and other needs, and the effect of the proposed arrangements on the child's needs and development; (2) any special medical, mental health, or educational needs that the child may have that may require special parenting arrangements or access to recommended services; (3)

amplos, fortalecendo o entendimento inicialmente proposto por Mnookin, da resolução desses conflitos familiares por métodos alternativos ou mais eficazes, em resoluções negociadas ou até mesmo por seleção aleatória para casos sem resolução.⁸³⁰

Em um debate até hoje não pacificado nos Estados Unidos, constata-se que o melhor interesse da criança apresenta-se como modelo contestado de justificação decisória, especialmente pela falta de uma estrutura analítica para a aferição das razões e contrarrazões ou pesos e contrapesos envolvidos no caso em concreto, que não possui indicação de resolução nas legislações já existentes. Tais disputas envolvendo crianças são casos verdadeiramente difíceis, para os quais não há respostas corretas gerais ou abstratas.

Contudo, não haveria um modelo de análise estrutural que possa trazer maior racionalidade para a fundamentação das decisões envolvendo crianças, ainda que orientadas de forma geral e abstrata pela vontade e objetivo de se garantir o melhor interesse da criança? Haveria um modelo que possa realizar a cognição da realidade de forma racional e fundamentada – ainda que faticamente limitada e em última instância incerta (como a maioria dos casos difíceis) –, para que o destino de crianças não fosse resolvido na sorte da moeda e ao sabor dos ventos de decisões

the reasonable preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient ability, age, and maturity to express an independent, reliable preference;

(4) whether domestic abuse, as defined in section 518B.01, has occurred in the parents' or either parent's household or relationship; the nature and context of the domestic abuse; and the implications of the domestic abuse for parenting and for the child's safety, well-being, and developmental needs; (5) any physical, mental, or chemical health issue of a parent that affects the child's safety or developmental needs; (6) the history and nature of each parent's participation in providing care for the child; (7) the willingness and ability of each parent to provide ongoing care for the child; to meet the child's ongoing developmental, emotional, spiritual, and cultural needs; and to maintain consistency and follow through with parenting time; (8) the effect on the child's well-being and development of changes to home, school, and community;

(9) the effect of the proposed arrangements on the ongoing relationships between the child and each parent, siblings, and other significant persons in the child's life; (10) the benefit to the child in maximizing parenting time with both parents and the detriment to the child in limiting parenting time with either parent;

(11) except in cases in which domestic abuse as described in clause (4) has occurred, the disposition of each parent to support the child's relationship with the other parent and to encourage and permit frequent and continuing contact between the child and the other parent; and (12) the willingness and ability of parents to cooperate in the rearing of their child; to maximize sharing information and minimize exposure of the child to parental conflict; and to utilize methods for resolving disputes regarding any major decision concerning the life of the child.”.

⁸³⁰ MNOOKING, 1975, p. 289.

aleatórias?

A hipótese apresentada no próximo capítulo é de que sim. Por meio da estrutura analítica da teoria dos princípios de Alexy e da aplicação da proporcionalidade por sopesamento, o ônus argumentativo da decisão é explicitado de forma mais evidente, proporcionando maior racionalidade às decisões relativas aos casos difíceis envolvendo crianças, os que não tenham previsão legal específica de resolução ou subsunção por meio de regras já postas.

Contudo, como será visto, uma estrutura de fundamentação racional não é suficiente para garantir decisões mais justas e prudentes em casos envolvendo crianças, sendo necessário uma reflexão igualmente aprofundada sobre processos deliberativos por comunidades de intérpretes plurais, por meio do estabelecimento de processos judiciais mais acessíveis, sensíveis e amigáveis às crianças e suas famílias, garantido-lhes o direito fundamental à participação, especialmente no estabelecimento dos pesos abstratos envolvidos no sopesamento.

O alcance do melhor interesse da criança pela aplicação da proporcionalidade e sopesamento por uma comunidade de intérpretes ampla e plural, pela participação de todos os interessados e afetados pela decisão, pode ser ferramenta muito útil para casos concretos sensíveis e difíceis, como conflitos e disputas familiares ou temas relacionados a identidades e direitos culturais ou religiosos – como nos ritos de passagens de povos e comunidades tradicionais, que envolvem flagelações de indivíduos considerados crianças no âmbito da Convenção – ou nos cotidianos e não menos difíceis e importantes casos de disputas de guarda ou destituição ou suspensão do poder familiar por abuso ou negligência.

Nesse sentido, essa proposição busca também responder ao questionamento final feito por Mnookin, possibilitando um consenso comunicacional nas fundações e deliberações das decisões:

“Além disso, a mesma falta de consenso sobre valores que atormentam a lei da custódia das crianças pode tornar problemática a formulação de políticas nessas áreas. Assim, como é verdade em disputas de guarda, a questão fundamental pode ser: se o que é melhor para um indivíduo criança é largamente indeterminado, como a lei deve distribuir o poder de

decisão entre a criança, a família e o estado?”⁸³¹

Todavia, antes de se avançar na análise do melhor interesse da criança sob as lentes da teoria dos princípios de Alexy, será feita uma investigação da incorporação do instituto na legislação, jurisprudência e doutrina jurídica brasileiras, que teve um percurso diferente comparado às tradições do *common law*.

3.1.3 Incorporação na legislação, jurisprudência e doutrina brasileiras

O movimento de incorporação do instituto do melhor interesse da criança no Brasil apresenta-se de forma diametralmente oposto ao observado na tradição jurídica estadunidense do *common law*. Ao contrário das críticas doutrinárias e práticas estatutárias jurisprudenciais nos Estados Unidos, que caminharam da legitimidade da discricionariedade do instituto para a necessidade de previsões legais específicas de sua restrição para assegurar maior previsibilidade e segurança jurídica, e do seu uso restrito, inicialmente em casos de conflitos de família, para posterior expansão em outros casos relativos à proteção geral de criança, no Brasil, o movimento foi outro. De previsões específicas, previstas inicialmente na primeira lei de proteção à crianças (ainda que aplicada somente aos considerados “menores abandonados”), caminhou-se para a previsão da discricionariedade da autoridade decisória na aplicação de leis e regras pela incorporação do instituto do melhor interesse da criança como forma de excepcionalizar sua aplicação, garantindo-lhe uma margem de apreciação, atualmente utilizada especialmente nas disputas e conflitos familiares, como guarda, adoção e suspensão ou destituição do poder familiar.

Contudo, importante ser tratada uma questão preliminar em relação à terminologia adotada no Brasil, pelo esclarecimento de um termo adequado e a defesa do uso do termo “melhor interesse da criança”.

⁸³¹ Tradução livre de: “Moreover, the same lack of consensus about values that plagues child-custody law may make the formulation of policy in these other areas problematic. Thus, as is true in child custody, the fundamental question may be: if what is best for an individual child is largely indeterminate, how should law distribute the power of decision among the child, the family, and the state.” (MNOOKING, 1975, p. 293).

3.1.3.1. Questões terminológicas preliminares

No Brasil, os documentos, normas e jurisprudências se utilizam dos seguintes termos para se referirem ao instituto do melhor interesse da criança: “interesse do menor”⁸³², “ao bem dos filhos”⁸³³, “o interesse maior da criança”⁸³⁴, “interesses superiores da criança”⁸³⁵ e “o melhor interesse da criança”⁸³⁶.

Já a jurisprudência dos tribunais superiores, STF e STJ, utiliza majoritariamente os termos “melhor interesse” ou “superior interesse”, como será visto no item a seguir sobre jurisprudência brasileira.

Apesar da defesa de que um conceito pode ser abordado por termos diversos considerados sinônimos sem perder sua natureza substantiva, “melhor” e “superior” são qualificações sensivelmente diferentes, o que pode trazer interpretações diferentes, reforçando a necessidade de escolha e compartilhamento comum de um único termo para se referir ao conceito de *the best interests of the child*.

Enquanto “superior” indica um conteúdo de posicionamento hierárquico, como precedência ou elevação – como o termo menos frequente “maior” –, “melhor” apresenta uma ideia de qualificação, adequação, o que é mais correto ou preferível.

Diante do entendimento de que este instituto é utilizado como ferramenta de otimização do que é mais adequado ou correto no caso concreto para a criança,

⁸³² Artigo 48 e 55 do Código de Menores de 1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm

⁸³³ Modificações realizadas ao CC de 1916 pela Lei n. 4.121 de 1962 e pela Lei do Divórcio, n. 6.515 de 1977.

⁸³⁴ Artigo 3º, 1, do Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulgou a CDC/ONU no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

⁸³⁵ Artigo 3º, 1 da tradução da CDC/ONU disponibilizada pelo site da Câmara, em sua compilação de normas vigentes no Brasil: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvDirCrian.html>; Traduções em documentos oficiais do Parlamento e Conselho Europeus, como em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:2963:FIN:PT:PDF> E, também, tradução feita pela Unicef em diferentes países lusófonos, como Portugal (https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf) e Angola (https://www.unicef.org/angola/sites/unicef.org.angola/files/2018-05/Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20da%20Crianca%20-%20%20Angola_0.pdf)

⁸³⁶ Artigo 3º, 1 da CDC/ONU em tradução disponibilizada pela Unicef Brasil em seu site: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>

conclui-se que o termo mais indicado, que traduz mais assertivamente o conteúdo substantivo do instituto, é a palavra “melhor”.

Esse posicionamento é reforçado tanto pela tradução literal do inglês (“*best*” é adjetivo traduzido por “melhor”) quanto pelo próprio texto do art. 3º, 1 da CDC/ONU, que, quando escrito, adicionou ao conceito “*the best interests of the child*”, a qualificação de prioridade pela frase “*shall be a primary consideration*”, ou no art. 21, *caput*, “*shall be the paramount consideration*”. O conceito de superioridade, primazia ou prioridade não advém do “*best*”, mas sim do termo “*primary*” ou “*paramount*”.

Nesse sentido, traduzir “*the best interests of the child shall be a primary consideration*” por “terão primacialmente em conta o interesse superior da criança” é redundante, por juntar dois conceitos que indicam conteúdo de prioridade.

Por fim, cabe a discussão sobre o uso ou não do plural no termo “interesse”, uma vez que na previsão de sua versão inglesa, o termo está no plural, pela existência da designação “s” em “*interests*”.

De fato, a tradução para o português estrita e mais exata da expressão “*the best interests of the child*” seria mesmo “os melhores interesses da criança”. Contudo, considerando o uso corrente já adotado por parte da doutrina e jurisprudência, optou-se por seu uso no singular, como forma de facilitar um consenso linguístico mais efetivo. Todavia, um argumento favorável ao seu uso no singular seria o de que em uma decisão judicial, ao final, deve-se escolher uma opção entre todas as disponíveis. Ainda que sejam avaliados todos os interesses da criança no caso, o que deve prevalecer, pragmaticamente, é um dos seus interesses diante do caso concreto: o seu melhor interesse.

Portanto, para as finalidades do presente trabalho e de acordo com a tradução oficial da Convenção disponível pelo Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990, disponível no site do Planalto, é utilizado o termo “o melhor interesse da criança”.

3.1.3.2. Histórico nas legislações civis e de proteção à criança e nos tratados internacionais

Disposições seminais referentes à consideração do interesse das crianças nas legislações brasileiras podem ser observadas já nos primeiros Decretos criadores de legislações especializadas de direitos da criança no Brasil, instituidores do Código de Menores, pela atuação do então conselheiro Mello Mattos⁸³⁷: no Decreto n. 5.083 de 1926, com a menção em dos artigos do “interesse do menor” abandonado, tanto para encaminhamento de crianças não reclamadas por seus pais a outras famílias (art. 30) quanto em disputas com relação a sua guarda (art. 32.); e no Decreto nº 17.943-A de 1927, para legimitar a decisão discricionária das autoridades para o encaminhamento dos “menores abandonados” (art. 55, e), como requisito para reintegração do “patrio poder”(art. 163) e também para o encaminhamento de crianças não reclamadas a outras famílias (art. 48).

Interessante notar que o CC de 1916 não fez menção ao instituto. Para os casos de disputa de guarda, previu, no lugar do instituto utilizado pela jurisprudência do *common law* à época, normas específicas para a resolução das controvérsias, como a definição de que no “disquite judicial” a guarda ficaria com o cônjuge inocente, separação por gênero em caso de ambos culpados e determinação de entrega à guarda pater após os 16 anos (art. 326), o que foi sendo modificado por legislações posteriores, que garantiram prioridade de guarda às mulheres e uma avaliação que fosse “ao bem dos filhos”⁸³⁸, especialmente com a Lei do Divórcio de 1977.

Após essa lei, que consagrou com mais força no âmbito civil a avaliação do bem-estar dos filhos, João Batista Villela asseverou em 1980:

⁸³⁷ Ver item 1.4.5.1, Cap. 1

⁸³⁸ Após pressão do movimento de mulheres, os dispositivos do Código Civil relativos à guarda foram se modificando, tanto pela Lei n. 4.121 de 1962, que alterou os dispositivos de guarda conferindo prioridade às mulheres, como pela Lei do Divórcio, n. 6.515 de 1977 que estabeleceu o critério de análise de aptidão do exercício da parentalidade e do que for “a bem dos filhos”: “Art 12 - Na separação judicial fundada no § 2º do art. 5º, o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação. Art 13 - Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.”.

“Nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiães sofrem todas as limitações que se revelem necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais.”⁸³⁹

Tal crescente e progressivo movimento culminou na previsão expressa do instituto do melhor interesse no CC de 2002, no art. 1.586, pela legitimação da discricionariedade da autoridade para decidir de forma diversa da prevista pelas normas do próprio Código: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”. Conforme esclarecido e fortalecido no Enunciado n. 101 do CNJ, aprovado em setembro de 2002 na I Jornada de Direito Civil, melhor interpretação ao art. 1.583 foi determinada, incorporando expressamente o termo do melhor interesse.⁸⁴⁰ Contudo, o termo “interesse” somente foi incorporado ao CC em 2014, pela Lei n. 13.058, que alterou a redação do art. 1.583, § 2º, incluindo a disposição “sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Dessa forma, constata-se um movimento outro nas legislações civis para problemas familiares no Brasil. Enquanto nas tradições jurídicas do *common law* as críticas doutrinárias foram no sentido da necessidade de padrões taxativos legais para definição de conflitos familiares, no Brasil o movimento foi inverso: de previsões normativas específicas no CC, aplicadas por subsunção, a doutrina e a própria lei permitiram maior discricionariedade às autoridades decisórias.

Interessante notar que de pontos de partidas diferentes, dois sistemas em tradições jurídicas diversas apontam para a mesma necessidade prática: resoluções de conflitos familiares que abranjam um equilíbrio entre previsão normativa específica para garantias mínimas e, ao mesmo tempo, necessidade de margens de

⁸³⁹ VILLELA, J. B. Liberdade e família. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, v. III, série Monografias, n. II. Belo Horizonte: Direito UFMG, 1980, p. 30.

⁸⁴⁰ Enunciado 101 CNJ: “Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.”.

apreciação para os tomadores de decisão avaliarem a pertinência das normas para o caso concreto. Essa constatação será fundamental para apresentação posterior, no próximo capítulo, de um possível modelo para responder às críticas e temores de ambas as tradições nessa tensão entre intedeterminação e discricionariedade *versus* previsibilidade e limitação dos poderes jurisdicionais.

Todavia, conforme já observado, o conceito no Brasil foi introduzido inicialmente nas discussões e aplicações de medidas para “menores delinquentes”. Ainda, conforme entendimento da incorporação dos tratados internacionais às legislações nacionais – com status igual ou maior que a própria Constituição – pode-se afirmar que o instituto foi recebido por todo o sistema jurídico brasileiro pela ratificação brasileira tanto da Declaração dos Direitos da Criança de 1959⁸⁴¹ quanto pela própria CDC/ONU, que foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, com entrada em vigor em 23 de outubro de 1990, e tendo sido publicada pelo Decreto n. 99.710 em 21 de novembro de 1990.⁸⁴²

Destaca-se, por fim, a incorporação em texto normativo em 2009, com a Lei da Adoção, que modificou o ECA e incorporou o instituto no inciso IV do art. 100, pelo termo “superior interesse da criança”, colocando o instituto como um dos princípios que devem reger a aplicação das medidas de proteção específicas (art. 99 a 102).

3.1.3.3. Análise da jurisprudência no STF e STJ

Uma revisão da jurisprudência do STF⁸⁴³ permite constatar o uso em diferentes casos do instituto, inclusive por diferentes terminologias (melhor, superior ou maior interesse da criança e do adolescente ou, ainda, do “menor”), especialmente após 2009 e com maior frequência após 2016. Um dos primeiros

⁸⁴¹ Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do Artigo 84, inciso XXI, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e 1º do Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961.

⁸⁴² Cf. Decreto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm

⁸⁴³ A pesquisa de jurisprudência do STF foi feita com a utilização dos termos “superior interesse da criança”, “melhor interesse da criança” e “maior interesse da criança”, com foco nos acórdãos e decisões da presidência.

usos do instituto pode ser verificado em decisões monocráticas, pelas quais o melhor interesse da criança foi utilizado como parâmetro para decisões de casos sobre: discussão sobre pensão em 2004⁸⁴⁴, investigação de paternidade⁸⁴⁵ em 2007 e 2009 e disputas de guarda⁸⁴⁶ em 2008 e 2009. Destaca-se, ainda, que no famoso caso de disputa de guarda internacional de Sean Goldman⁸⁴⁷, analisado inicialmente por decisão monocrática do ministro Marco Aurélio em agravo de instrumento que concedeu liminar pela permanência do menino no Brasil em 2009, a decisão evocou também o melhor interesse, conforme expresso na Convenção de Haia sobre Adoção internacional.⁸⁴⁸ Ainda, o melhor interesse foi utilizado para possibilitar que o estrangeiro condenado por crime e com decreto expulsório possa

⁸⁴⁴ MS 25106 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): ministro CARLOS VELLOSO Julgamento: 23/11/2004. Neste caso, o instituto foi utilizado indiretamente, pois foi apresentado pelos impetrantes do Mandado de segurança: “Ao final, requerem os impetrantes, liminarmente, "(...) o imediato restabelecimento da pensão, em ordem ao superior interesse das crianças impetrantes" (fl. 45).”

⁸⁴⁵ RE 296016 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 02/02/2007: “É de ser observado, ainda, que a previsão do art. 41, do ECA, de desligamento do adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, deve ser interpretado, na perspectiva do melhor interesse da criança (...). Assim, sob o prisma do interesse prevalente da criança, que lei quer proteger de modo integral, não me parece lógico no sistema jurídico, que filho adotivo tenha que desconstituir sua adoção para poder investigar sua paternidade natural. Até porque sua proteção integral estará mais facilmente sendo atingida com a coexistência de ambos os parentescos.”; AI 767736 / DF - DISTRITO FEDERAL AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 01/10/2009: “A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação.”

⁸⁴⁶ AI 588373 / SE - SERGIPE AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 04/04/2008: “Por outro lado, a criança é portadora de sérios problemas de saúde, já sofreu muito com duas alterações de guarda e muito com a perda prematura da mãe. Dessa forma, os interesses da menor, os quais devem ser resguardados acima de tudo e de todos, serão melhor atendidos se o processo de modificação de guarda tramitar na comarca de seu domicílio, evitando-se, ainda, que a criança padeça com mais intranquilidade e aflição.”; RE 594020 / BA - BAHIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 29/04/2009: “Nesse caso, para acolher a pretensão do recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem, sobre a melhor solução para a concessão da guarda, preservando o interesse e o bem estar do menor, seria necessário o reexame das provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário.”

⁸⁴⁷ Cf. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Subtração internacional de crianças à luz do caso Sean Goldman. Anuario Mexicano de Derecho Internacional Volume 15, Issue 1, 2015, Pages 739-772.

⁸⁴⁸ AI 728785 / RJ - RIO DE JANEIRO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 15/06/2009 : “A Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças possui o viés do interesse prevalente do menor, porquanto foi concebida para proteger crianças de condutas ilícitas. Seguindo a linha de proteção maior ao interesse da criança, a Convenção delimitou as hipóteses de retorno ao país de origem, mesmo diante da conduta ilícita do genitor em poder do menor, com exceções como as existentes nos arts. 12 e 13 do referido diploma legal.”

permanecer no Brasil, no convívio de sua família e filhos.⁸⁴⁹

Em decisões de presidência⁸⁵⁰ também pode ser constatado o uso do instituto do melhor interesse da criança em casos referentes a *habeas corpus*: um caso em que o melhor interesse foi utilizado para manter o acolhimento institucional da criança⁸⁵¹ e outro em que o mesmo instituto foi utilizado para conceder à paciente presa provisória o *writ*, em função da necessidade de cuidado de um filho com deficiência, citando expressamente o item 2 da regra 2 das Regras de Bangkok⁸⁵².

É também no âmbito da concessão de *habeas corpus* em acórdãos da 2ª Turma que a disposição, com base especialmente nas Regras de Bangkok, é utilizada para casos em que a mulher grávida ou com filhos pleiteia o remédio constitucional para transformar prisão provisória em domiciliar ou liberdade.⁸⁵³

Importante ser destacado, ainda, casos com repercussão geral, em que a disposição do melhor interesse da criança foi utilizada como argumento central de dois acórdãos: no RE 898060, sobre a compatibilidade da paternidade socioafetiva

⁸⁴⁹ HC 114901 / DF - DISTRITO FEDERAL, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 18/12/2018: “A prova dos autos indica que o paciente, a impetrante e a criança convivem juntos sob o mesmo teto e constituem uma família. E, tendo em conta que a jurisprudência do STJ, ao conferir temperamentos à regra do art. 65, inciso II, da Lei 6.815/80, fê-lo em prol do ‘best interest of the child’. E, na presente hipótese, a concessão da ordem justamente prestigia esse melhor interesse da criança, na medida em que se está assegurando a convivência sócio-afetiva.”

⁸⁵⁰ A atribuição regimental à Presidência (arts. 13, V, “c” e “d”; 327, caput; e 328, parágrafo único, arts. 13, V, d, e XV; 70, § 4º; 278; 297; 351 e 354-A do RISTF) é: recursos que não preenchem requisitos formais de admissibilidade; que tratam de temas com repercussão geral já apreciada pelo STF; prejudicados em razão de decisão do STJ em recurso especial ou agravo interposto no mesmo processo; habeas corpus com incompetência do tribunal para apreciação do pedido; Arguição de Suspeição (AS), Intervenção Federal (IF), Proposta de Súmula Vinculante (PSV), Suspensão de Liminar (SL), Suspensão de Segurança (SS) e Suspensão de Tutela Antecipada (STA).

⁸⁵¹ Neste caso o melhor interesse da criança foi utilizado para manter o acolhimento institucional, para se evitar que o casal impetrante do *habeas corpus* pretensamente burlasse o cadastro nacional de adoção HC 151910 MC / PR - PARANÁ MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 22/12/2017: “Ora, prestar a tutela requerida nesse contexto, além de não atender ao princípio do melhor interesse da criança, chancelaria a má-fé dos autores, contrariando o princípio de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza (nemo auditur propriam turpitudinem allegans).”

⁸⁵² HC 135564 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 29/07/2016.

⁸⁵³ HC 142279 / CE – CEARÁ, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 20/06/2017; HC 142593; HC 134104; HC 134069

com a biológica⁸⁵⁴, e no RE 778889, sobre a igualdade do prazo da licença adotante com a licença gestante⁸⁵⁵.

Contudo, pela análise da jurisprudência, constata-se que o melhor interesse da criança é utilizado para embasar posicionamentos diversos, muitas vezes opostos e em decisões controversas, como no HC 97770, em que a medida de privação de liberdade do adolescente foi encarada como seu melhor interesse⁸⁵⁶, na ADI 4.439, sobre a permissão do ensino religioso em escolas públicas⁸⁵⁷, no voto vencido do ministro Barroso do Recurso Especial (RE) 888.815, que permitia o ensino domiciliar (*homeschooling*) no Brasil⁸⁵⁸, na ADC 17/ADPF 262, que debateu a

⁸⁵⁴ A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios, cf. RE 898060 / SC - SANTA CATARINA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 21/09/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno: “A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade.”

⁸⁵⁵ Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada, cf. RE 778889 / PE - PERNAMBUCO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 10/03/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno: “14. A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra “prioridade”, a precedência em abstrato e “prima facie” dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao princípio do superior interesse do menor.”

⁸⁵⁶ HC 97770 MC / RS - RIO GRANDE DO SUL MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 27/05/2009: “1. A medida de internação é o instrumento de que dispõe o Estado para alcançar a ressocialização do adolescente que se mostra infrator contumaz, de modo que, afastar sua aplicação vai de encontro, inclusive, com os interesses do menor.”

⁸⁵⁷ O acórdão da ADI citou, ainda que indiretamente, o Artigo 5º da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, de 1981, que prevê expressamente a autonomia familiar no ensino religioso, mas de acordo com o melhor interesse da criança.

⁸⁵⁸ RE 888815 RG / RS - RIO GRANDE DO SUL REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 04/06/2015, Órgão Julgador: Tribunal Pleno - meio eletrônico: “Ademais, a educação domiciliar harmoniza-se com a disposição constitucional sobre a liberdade de aprender (CF, art. 206, II). No Artigo 227, em que se baseia toda a doutrina para extrair o princípio do melhor interesse da criança, sintomaticamente coloca-se família na frente de Estado, quanto ao dever de prover educação. No art. 229, preceitua-se que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar” os seus filhos. Essa eleição não é vedada pela Constituição brasileira e está expressamente ressalvada por atos internacionais relevantes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de educação que será ministrada aos seus filhos.”

idade mínima para ingresso no ensino fundamental formal⁸⁵⁹, na ADI 5.326, que discutiu a competência da Justiça do Trabalho para avaliar pedidos de trabalho infantil artístico⁸⁶⁰, e, ainda, no RE 405.267, que julgou o dispositivo do Conselho Superior da Magistratura que permitia superlotação de unidades do socioeducativo para facilitar proximidade da unidade de internação do adolescente com a sua família⁸⁶¹.

Constata-se que o uso da consideração primordial do melhor interesse da criança, conforme determinado pela CDC/ONU, é feita pelo STF de forma conjunta, ou quase como sinônimo, com a norma da prioridade absoluta, uma vez que elas são, muitas vezes, apresentadas textualmente de forma conjunta, como no RE 778889/PE: “a prioridade do superior interesse da criança, a doutrina da

⁸⁵⁹ “Observou que, embora os critérios cronológico e etário sejam necessários à organização da educação formal e à viabilização de serviços, é fundamental o respeito ao melhor interesse da criança no que se refere ao direito à educação. Ressaltou a necessidade de promover a conciliação entre idoneidade do critério cronológico etário, existência de reserva legal para o estabelecimento de critérios de ingresso das crianças nas diversas etapas de ensino e observância obrigatória das capacidades individuais da criança. Para tanto, a interpretação mais adequada da Lei 9.394/1996, conforme os preceitos constitucionais, permitiria o acesso ao ensino fundamental de todas as crianças que completam seis anos no ano da matrícula, vedada a possibilidade de corte etário obstativo.”, cf. Informativo n. 879.

⁸⁶⁰ ADI 5326 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 15/12/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno: “Os parâmetros a serem observados quando da autorização, na forma do § 1º do referido dispositivo, evidenciariam a inequívoca natureza cível da cognição desempenhada pelo juiz, ausente relação de trabalho a ser julgada. A análise seria acerca das condições da representação artística. O juiz deveria investigar se essas condições atenderiam à exigência de proteção do melhor interesse do menor, contida no Artigo 227 da CF. O Juízo da Infância e da Juventude seria a autoridade que reuniria os predicados e as capacidades institucionais necessárias para a realização de exame de tamanha relevância e responsabilidade. Assim, o art. 114, I e IX, da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que estabelece a competência da Justiça do Trabalho, não alcançaria os casos de pedido de autorização para participação de crianças e adolescentes em eventos artísticos, ante a ausência de conflito atinente a relação de trabalho.”.

⁸⁶¹ MS 31902 AgR-segundo / DF - DISTRITO FEDERAL SEGUNDO AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 01/12/2015, Órgão Julgador: Segunda Turma: “Destacou que o ato impugnado foi editado em decorrência de representação feita por Promotor de Justiça, que se insurgia contra o disposto no artigo 7º, parágrafo único, do referido provimento, que autorizava tolerância de até 15% de superlotação na capacidade das aludidas unidades, destacando que tal norma visava resguardar os melhores interesses dos adolescentes infratores, em permanecerem internados, em locais próximos às suas residências. E que, ao apreciar tal pleito, o CNJ, de ofício, também declarou a ilegalidade do artigo 6º do aludido Provimento, o que acabou por inviabilizar a gestão de vagas no sistema, no Estado de São Paulo, observando que tal decisão, de forma contraditória, admite eventual superlotação de unidades, desde que isso atenda aos melhores interesses dos adolescentes internados.”.

proteção integral (CF, arts. 226 e 227)»⁸⁶².

A jurisprudência no STJ é ainda mais profícua no uso do dispositivo do melhor interesse da criança em temas diversos como adoção⁸⁶³, *habeas corpus* para concessão de prisão domiciliar a mulheres gestantes ou mães⁸⁶⁴, disputa de guarda⁸⁶⁵, em casos referentes ao sistema socioeducativo⁸⁶⁶, entre outros.

Destaca-se, no âmbito do STJ, importante uso da norma do melhor interesse da criança em casos de destituição do poder familiar⁸⁶⁷, pelos quais é analisada a possibilidade de acolhimento institucional da criança. A corte, como bem relata o ministro Moura Ribeiro no HC 454.161/TO, tem apresentado a seguinte jurisprudência:

“não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. 3. Todavia, em hipóteses excepcionais, nas quais não se chegou a formar laços afetivos suficientes entre o infante e a família que o registrou e adotou ilegalmente, em razão do pouquíssimo tempo de convivência entre eles (dois meses), bem como diante do desabrigoamento e do acolhimento da criança por nova família que seguiu os trâmites legais da adoção, aguardou a vez no cadastro nacional de adoção e vem cuidando do bem estar físico e psicológico da criança e proporcionando um desenvolvimento sadio, não é recomendável nova ruptura da convivência familiar do paciente. Observância dos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança. 4. Também em situações excepcionais, a jurisprudência desta eg. Corte Superior, em observância aos princípios do melhor interesse e da proteção integral da criança, opta pelo acolhimento institucional de criança em hipóteses de indícios ou prática de "adoção a brasileira" em

⁸⁶² Idem.

⁸⁶³ AgInt no HC 476777 / SC.

⁸⁶⁴ HC 454686 / SP; RHC 102461 / MS; HC 449360 / MS; HC 453793 / MS; RHC 68500-RS; HC 362241-DF; HC 362922-PR; HC 358080-DF.

⁸⁶⁵ REsp 1756100 / DF; AgInt no REsp 1699243 / SP.

⁸⁶⁶ HC 415295 / DF.

⁸⁶⁷ CC 157473/SP; HC 454161/TO; HC 221594-SC; HC 291103-SP; HC 439885-SP; HC 430216-SP; HC 329147-SC; HC 342325-RJ; HC 370636-SP.

detrimento da sua colocação na família que a acolhe.”⁸⁶⁸

Como bem resumido pelo referido ministro, a possibilidade do uso do melhor interesse da criança em casos de destituição do poder familiar é feita tanto para legitimar a permanência da criança no acolhimento institucional, como forma de sancionar os pais que praticaram a chamada “adoção à brasileira”, quanto para justificar a permanência da criança em família acolhedora ou tenha sua guarda.

Tanto o uso da norma do melhor interesse da criança pelo STF quanto sua abordagem no STJ demonstram a alta discricionariedade que esse instituto possibilita aos tomadores de decisão.⁸⁶⁹

3.1.4. O direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse pela teoria dos princípios: prestações e solidariedade entre regras e princípios

Observa-se uma aproximação muito relevante entre os problemas de alta discricionariedade e a falta de justificação apresentados pela disposição normativa do melhor interesse da criança com os objetivos perseguidos pela teoria dos princípios de Alexy, útil para uma justificação racional no manuseio e aplicação de direitos fundamentais. Nesse sentido, uma análise do melhor interesse da criança pela teoria dos princípios pode contribuir para a incorporação mais consciente e racional deste dispositivo internacional de direitos humanos da criança na sistemática interna e nas legislações nacionais dos Estados signatários da Convenção.

⁸⁶⁸ Emenda do HC 454161/TO (2018/0140789-6 - 23/08/2018), STJ, relator ministro Moura Ribeiro.

⁸⁶⁹ Esse entendimento é repercutido e adotado pelos Tribunais de Justiça estaduais nas suas jurisprudências: “Não são inflexíveis as disposições legais sobre a guarda dos filhos, devendo o problema ser solucionado, caso a caso, com prevalência dos interesses dos menores e de todo modo a minimizar as consequências da separação dos pais no que afeta à felicidade dos filhos. (TJMG, 4ª CC, AC 68.506, Rel. Des. Humberto Theodoro Júnior, J. 12/12/85.) Em caso de disputa entre cônjuges separados, não se atende à vontade dos pais, mas à conveniência e bem-estar dos filhos, de modo a deferir a guarda a quem, realmente, tenha melhores condições de exercê-la. (TJMG, AC 68.891, Rel. Des. Vaz de Melo, J. 17/4/1986.), (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 97).

Pela teoria dos princípios apresentada por Alexy, princípios são associados à mandamentos de otimização, ideia esta aplicada aos direitos fundamentais por uma teoria filosófico-jurídica dos princípios. Ao compreender direitos fundamentais como princípios e, assim, mandamentos de otimização, Alexy defende igualmente a aplicação da regra de proporcionalidade por sopesamento, o qual garante, segundo o autor, maior racionalidade na justificação das decisões de conflitos entre direitos fundamentais.⁸⁷⁰ Apesar de não responder diretamente ao problema da discricionariedade de aplicação das normas, conforme avaliam muitos dos seus críticos, a regra da proporcionalidade permite que a discricionariedade seja explicitada de forma racional e por meio de uma lógica decisória compartilhada e, assim, pretensamente mais controlada.

Contudo – como será abordado em detalhe no próximo capítulo, referente à disposição da absoluta prioridade do Artigo 227 da Constituição brasileira e seu duplo aspecto –, disposições de direitos fundamentais não são compostas somente por princípios, como também por regras, com comandos normativos concretos, aplicados por subsunção.

Constata-se que o art. 3º, 1 da Convenção (“*the best interests of the child shall be a primary consideration*”) inclui a seguinte disposição: um dever (*shall be*)⁸⁷¹ para que os Estados e agentes privados⁸⁷² considerem sempre o melhor interesse da criança de forma primordial (*primacy*)⁸⁷³ ou, em alguns casos, como no

⁸⁷⁰ ALEXY, 2015, op. cit., p. 173.

⁸⁷¹ “The words “shall be” place a strong legal obligation on States and mean that States may not exercise discretion as to whether children’s best interests are to be assessed and ascribed the proper weight as a primary consideration in any action undertaken.” In: CRC/C/GC/14 - General comment No. 14 (2013), op. cit., p. 10.

⁸⁷² Apesar de não ser objeto central do presente trabalho, importante ser registrado que a CDC/ONU é um dos poucos, ou único, tratado internacional que existe disposições tão expressas e diretas a um dever de agentes privados, como a disposição do próprio Artigo 3º, 1 direcionadas a todos os agentes privados, inclusive empresas, ou a do Artigo 18, 1, direcionada diretamente a ambos os pais. Pode-se afirmar, pela teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos, especialmente pela natural relação de desigualdade entre as crianças e os adultos ou empresas, que os agentes privados também estão vinculados pelas disposições da Convenção. Sobre isso ver: KNOX, 2008, p. 1-47.

⁸⁷³ “37. The expression “primary consideration” means that the child’s best interests may not be considered on the same level as all other considerations. This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness. Children have less possibility than adults to make a strong case for their own interests and those involved in decisions affecting them must be explicitly aware of their interests. If the interests of children are not highlighted, they tend to be overlooked.” In: CRC/C/GC/14 - General comment

caso de adoções, de forma suprema (*paramount*).

De forma genérica, essa disposição da CDC/ONU garante à criança o direito de que seus interesses e direitos sejam colocados em primeiro lugar por todos, agentes estatais ou privados, em todas as preocupações, ações e decisões.

Na perspectiva de incorporação do instituto ao sistema interno constitucional dos direitos fundamentais, pode-se localizar o direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse tanto como um direito de defesa quanto como um direito de prestação em face do Estado. Além disso, conforme proposto, também como um direito fundamental com função de solidariedade⁸⁷⁴.

Como direito de defesa, o direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse surge como possibilidade de afastamento da intervenção do Estado, como forma de expecionalizar a aplicação da lei que prevê ação estatal. Nesse sentido, o melhor interesse da criança é utilizado para impedir que o Estado, sob o argumento do dever de proteção previsto em lei, perturbe e viole direitos da criança. Exemplo disso são casos de suspensão ou destituição do poder familiar baseados no conceito amplo e indeterminado de negligência por acusação de dependência química parental, pelo qual o Estado teria o dever de intervenção, segundo interpretação de alguns órgãos e agentes judiciais. Se avaliado que o melhor interesse da criança é a permanência com sua família, ainda que presente a dependência química dos pais, esse direito apresenta-se comopositor à intervenção, ainda que legítima, do Estado.

Já como direito à prestação, o melhor interesse apresenta-se como: (i) direito de proteção, pelo qual o melhor interesse, uma vez identificado, deve ser protegido com prioridade pelo Estado contra intervenções de terceiros; e (ii) direito de organização e procedimento, pelo qual o Estado deve sempre levar em consideração a prioridade do melhor interesse da criança em todas as suas decisões, prevendo processos específicos e garantindo à criança os meios para a participação na formulação da vontade estatal, como a necessidade de escuta sensível e qualificada de seus desejos e vontades em disputas familiares relativas à guarda.

No. 14 (2013), op. cit., p. 10.
⁸⁷⁴ Ver, item 2.3.4, capítulo 2.

Com relação à função de solidariedade dos direitos fundamentais, o direito da criança à prioridade do seu melhor interesse fundamenta-se, especialmente, na leitura combinada entre o art. 3º, 1 e o art. 18, 1 da CDC/ONU, pelos quais fica estabelecido o dever comum, tanto aos Estados quanto às instituições privadas e familiares, de considerarem e terem como preocupação fundamental o melhor interesse da criança. Dessa forma, a Convenção estabelece objetivo e dever comuns a todos, horizontalmente: o cuidado compartilhado e solidário do melhor interesse criança. Cabe ao Estado, especificamente, o dever de promover e fomentar essa solidariedade com medidas necessárias e efetivas, considerando especialmente a proibição de ações insuficientes.

O direito de solidariedade expressamente previsto na CDC/ONU para o melhor interesse da criança permite outra importante discussão acerca da possibilidade de aplicação da teoria da eficácia horizontal direta ou efeitos direitos do direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse nas relações em entre particulares, inclusive os próprios pais. Wapler, ao analisar essa questão no âmbito europeu e alemão, e por um entendimento restritivo da palavra “instituições” do art. 3º, 1 da CDC/ONU, entende que sim, existe efeitos direitos nas relações horizontais entre particulares, mas apenas para instituições prestadores de serviços sociais privados, uma vez que o art. 18, 1, garante que a “responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais”.⁸⁷⁵

Contudo, diferentemente de Wapler – que conclui pela impossibilidade de vincular diretamente os pais e as mães, especialmente dentro do sistema alemão, pela construção doutrinária da responsabilidade primeira parental com relação às crianças, como sentinelas (*Wächteramtskonstruktion*) –, pela análise e abrangência do Artigo 227 da Constituição brasileira realizada no item 2.4 do capítulo anterior, no Brasil, não só as instituições privadas prestadoras de serviços sociais seriam vinculadas pelo direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse, como também qualquer outra instituição privada, como empresas que tenham ações ou condutas que afetam direta ou indiretamente crianças e,

⁸⁷⁵ WAPLER, op cit, p. 243-244.

igualmente, os pais e familiares. Conforme já avaliado, ainda que não seja aconselhado, uma judicialização – constitucional ou não – das relações familiares, atribuir eficácia horizontal ou efeitos diretos à relação parental com as crianças permite uma forte atribuição da responsabilidade constitucional aos pais, que naturalmente encontram-se em uma situação de autoridade e poder superior à criança, gerando uma desigualdade evidente e inquestionável.

Por fim, pode ser feita, ainda, a análise acerca da natureza, de princípio ou regra, dessa disposição de direito fundamental no sistema jurídico brasileiro. Entretanto, essa discussão será realizada em conjunto com a disposição constitucional da absoluta prioridade dos direitos fundamentais do Artigo 227 da CF, considerando especialmente o entendimento à natureza de duplo aspecto das disposições de direitos fundamentais, os quais contêm normas expressas em princípios e regras.

Parte-se da hipótese que tanto o direito fundamental da criança à prioridade ao melhor interesse quanto o direito fundamental à absoluta prioridade de todos seus direitos fundamentais são compostos por regras e princípios, prevendo respostas diferentes em casos de proteção dos direitos fundamentais de crianças; enquanto alguns conflitos e disputas que envolvem crianças são resolvidos por regras, com comandos normativos específicos gerais e abstratos, aplicadas por subsunção, outras necessitam da regra da proporcionalidade e sopesamento para serem racionalmente justificadas em sua decisão, apresentando-se, portanto, conflitos de princípios.

É importante ficar registrado nesse momento que a dupla natureza do direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse vai ao encontro de proposições pragmáticas no âmbito da doutrina estadunidense do *common law* e nas tradições romano-germânicas do *civil law*, que buscam acomodar tanto a discricionariedade necessária em casos complexos que envolvem crianças, como a importante previsão anterior, geral e abstrata, de determinar por meio de regras, soluções específicas para casos semelhantes, garantindo maior previsibilidade e segurança jurídica.⁸⁷⁶

⁸⁷⁶ Cf. SCHNEIDER, 1991, op. cit.

3.2. A prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança

Como já observado, o *caput* do Artigo 227 da CF determina expressamente que Estado, sociedade e famílias garantam os direitos fundamentais de crianças com absoluta prioridade.

Todavia, antes de ser analisado as dimensões, natureza e funções da disposição de direito fundamental da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, no presente item será feita a investigação sobre: 1. os fundamentos da garantia à absoluta prioridade da criança e seus direitos; 2. o conteúdo substantivo dessa garantia, pelo detalhamento em legislações ordinárias, na doutrina e jurisprudência; e 3. a qualificação como absoluta da prioridade dos direitos fundamentais, sob à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy.

Busca-se, com isso, a explicitação objetiva e sistematizada, para além do já exposto nos capítulos anteriores, das bases cultural-político-sociais do porquê a escolha de se garantir à criança absoluta prioridade da criança, seus direitos e melhor interesse, definindo com maior ênfase o conteúdo e ações abrangidos em sua esfera de proteção.

3.2.1. Fundamentos da garantia à absoluta prioridade da criança e seus direitos

Essa provisão, como já inicialmente observado nos capítulos anteriores, justifica-se por várias razões, com fundamentos em diversas ciências biológicas e sociais. Contudo, como forma de explicitá-las ainda mais, podem-se elencar as seguintes justificativas para a garantia da prioridade aos direitos fundamentais de crianças: (i) vontade social manifestada na Constituinte; (ii) influência de consensos normativos internacionais; (iii) decisão do legislador constitucional; (iv) vulnerabilidade e heteronomia da criança; (v) maior impacto e intensidade de violações nas crianças; (vi) estratégia de desenvolvimento social e econômico; e (vii) reconhecimento sociocultural ou adaptação evolutiva da importância da

infância.

Conforme analisado no capítulo 2 da presente tese, o Artigo 227 foi resultado de um amplo processo de mobilização social construído por dois movimentos, *Criança, Prioridade Nacional* e *Criança e Constituinte*, ambos trabalhando para que todas as crianças brasileiras fossem reconhecidas com prioridade, explicitamente na nova e nascente Constituição. Essa proposta foi realizada formalmente pela apresentação de uma emenda popular aos constituintes – o maior apoio popular a uma emenda durante à Constituinte, inclusive pela mobilização de crianças⁸⁷⁷ –, que participaram ativamente dessa mobilização. Nesse sentido, não há dúvidas quanto ao apoio e vontade social manifestada durante a Constituinte à prioridade dos direitos da criança. Destaca-se, ainda, que em pesquisa realizada no ano de 2013 pelo Datafolha, 94% dos brasileiros se posicionaram favoráveis ao cumprimento da norma da prioridade absoluta, constatando sua atualidade mesmo após quase 30 anos de sua formulação.⁸⁷⁸

A prioridade aos direitos da criança também era tema de reivindicação, para além dos movimentos nacionais, em grupos e debates internacionais, tanto em agências da ONU (Unicef que chegou ao Brasil em 1950, Unesco que abriu o escritório brasileiro em 1972 etc.) como em tratados regionais ou internacionais de direitos humanos, muitos expressando a importância da infância e outros de forma temática específica, como a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, ratificada pelo Brasil e que, além de garantir proteção especial às crianças, determinou em seu Princípio 8 que “a criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro”. Apesar da CDC/ONU ter sido adotada pelo sistema ONU somente em 1989, suas discussões e mobilizações, que duraram 10 anos, já reverberavam internamente nos Estados, possibilitando um intercâmbio de ideias e conceitos importantes e relevantes, intermediado por diplomatas e agências da ONU, como a própria Unicef, no caso do Brasil. Em diferentes artigos da Convenção, especialmente no art. 3º, há menção expressa de que o seu melhor

⁸⁷⁷ Constituinte recebe proposta de crianças, Correio Braziliense, Brasília, nº 8778, p. 5, 24/04/ de 1987, 24/04/1987

⁸⁷⁸ Cf. DATAFOLHA. Pesquisa percepção da população sobre a legislação sobre os Direitos da Criança, jun. 2013. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2014/07/pesquisa_data-folha_prioridade-absoluta-v2.pdf>.

interesse deve ser considerado de forma prioritária ou primordial.⁸⁷⁹

Contudo, tanto a mobilização social nacional quanto a influência dos debates e normas internacionais, não seriam suficientes se os legisladores constituintes não tivessem incorporado essas discussões e acolhido a emenda popular que se transformou no Artigo 227. O Parlamento e os parlamentos constituintes, legitimamente eleitos como representantes na Constituinte, poderiam não adotar a emenda popular, afirmando uma impossibilidade de se garantir a um grupo social prioridade sobre o outro, ou com o simples argumento de que todos devem ser tratados igualmente pela lei. Todavia, não foi isso o que ocorreu. O legislador constituinte não só acolheu a proposta popular de forma consciente como comemorou sua aprovação, como comprova a reação de Ulysses Guimarães, presidente nacional da Constituinte de 1987-1988, que teria dito: “Deixai vir a mim as criancinhas”.⁸⁸⁰

Como já visto, sociedade civil, comunidade internacional e parlamentares estavam embasados na escolha de colocar a criança como prioridade absoluta na Constituição, pelo entendimento e constatação da vulnerabilidade e heteronomia da criança, tanto para a sua manutenção biológica quanto para a necessidade de mediação, por meio de representação legal, de seus interesses na invocação de um direito, o que exige da lei, inclusive constitucional, uma proteção especial e, assim, prioritária.

Essa maior vulnerabilidade possibilita um maior e mais intenso impacto de violações no público infantil, como em situações de crises econômicas e climáticas, o que exige que sejam as crianças as inicialmente socorridas ou beneficiadas por prestações positivas por parte do Estado.

⁸⁷⁹ Segundo comentário geral n. 14 que analisa esse conceito: “(a) The elaboration of all implementation measures taken by governments; (b) Individual decisions made by judicial or administrative authorities or public entities through their agents that concern one or more identified children; (c) Decisions made by civil society entities and the private sector, including profit and non-profit organizations, which provide services concerning or impacting on children; (d) Guidelines for actions undertaken by persons working with and for children, including parents and caregivers.”, In: UN/OHCHR/CRC. **General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration** (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14.

⁸⁸⁰ MARTINS, José Pedro Soares. **Prioridade para infância e adolescência, dever do Estado e da sociedade**. Notícia, ASN, Agência Social de Notícias, 31.3.2019. Disponível em: <<http://agenciasn.com.br/arquivos/15561>>.

Ainda, é importante destacar a constatação sólida em pesquisas econométricas de que dar à criança seus direitos de melhor interesse e prioridade é uma estratégia de desenvolvimento social e econômico inteligente e eficiente. A prioridade da criança contribui não só para o desenvolvimento individual dela, mas também para a promoção de diversas variáveis de bem-estar social coletivo e para a redução de problemas sociais e seus consequentes gastos públicos, como a diminuição da violência, a melhora dos índices educacionais e da capacidade produtiva da população de forma global. Nesse sentido, o prêmio Nobel em ciências econômicas James Heckman é profícuo na demonstração econômica de como investir em crianças – especialmente na primeira infância de crianças em situação de vulnerabilidade – reduz déficits e fortalece a economia⁸⁸¹. Segundo Heckman:

“A redução do déficit virá somente do investimento mais inteligente de dólares públicos e privados. Os dados mostram que uma das estratégias mais eficazes para o crescimento econômico é investir no crescimento do desenvolvimento de crianças pequenas em risco. Os custos de curto prazo são mais do que compensados pelos benefícios imediatos e de longo prazo através da redução da necessidade de educação especial e remediação, melhores resultados de saúde, menor necessidade de serviços sociais, menores custos de justiça criminal e maior autossuficiência e produtividade entre famílias.”⁸⁸²

Todavia, para além de um olhar econométrico, é importante destacar as

⁸⁸¹ Sobre isso ver: CUNHA, F.; HECKMAN, J. J. **Investing in Our Young People** [unpublished manuscript] Department of Economics, University of Chicago, s.d.; HECKMAN, J. J.; MASTEROV, D. V. The Productivity Argument for Investing in Young Children. **Review of Agricultural Economics**, 29(3), p. 446-93, 2007; HECKMAN, J. J.; MOON, S.; PINTO, R. R.; YAVITZ, A. Q. **The Rate of Return to the Perry Preschool Program** [unpublished manuscript] Department of Economics, University of Chicago, s.d..

⁸⁸² Tradução livre de: “Deficit reduction will only come from wiser investment of public and private dollars. Data shows that one of the most effective strategies for economic growth is investing in the developmental growth of at-risk young children. Short-term costs are more than offset by the immediate and long-term benefits through reduction in the need for special education and remediation, better health outcomes, reduced need for social services, lower criminal justice costs and increased self-sufficiency and productivity among families.” In: HECKMAN, James J. Invest in early childhood development: Reduce deficits, strengthen the economy. **The Heckman Equation**, p. 1. Disponível em: https://heckmanequation.org/www/assets/2013/07/F_HeckmanDeficitPieceCUSTOM-Generic_052714-3-1.pdf . Ver também: Heckman, James J. (2008) : The Case for Investing in Disadvantaged Young Children, CESifo DICE Report, ISSN 1613-6373, ifo Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München, Vol. 06, Iss. 2, pp. 3-8

análises socioculturais, por meio das quais se busca também compreender a proposição legal de se colocar a criança em primeiro lugar sob uma perspectiva de luta social por reconhecimento e mudanças nas percepções sociais com relação à infância. Essas análises podem ser constatadas desde a prevalência de fundamentos morais e religiosos em diversos momentos históricos – como a dimensão da “pureza”, inocência ou angelitude propagada pela doutrina cristã, especialmente durante a Idade Média⁸⁸³ – como na luta social por grupos e movimentos populares para um tratamento especial e protetivo às crianças, como no caso do Brasil e as grandes mobilizações para aprovação do Artigo 227 e do ECA, que lutaram politicamente pelo fim de um olhar “menorista” e repressor para as infâncias e suas diversidades. Ainda, há aqueles que defendem uma visão evolucionista para a preocupação prioritária com os membros mais jovens do grupo *homo sapiens*, pautado na necessidade de perpetuação da espécie e do grupo, pela geração de novos membros para divisão social do trabalho.⁸⁸⁴

Destaca-se, todavia, que a prática ou visão de se colocar a criança em primeiro lugar, como visto na evolução história dos direitos da criança no Brasil na primeira parte deste trabalho, não foi algo compartilhado pelos diferentes grupos ao longo da história, tanto nas comunidades e povos tradicionais – dos indígenas que atribuíam à criança um dos piores *status* entre a comunidade – como entre os colonos portugueses, que submetiam às crianças ao mesmo ou ainda pior tratamento dispensado aos adultos ou subjugavam milhares de criança à condição de escravas.

Assim, a prioridade da criança é também uma construção moral-jurídica permeada por séculos de desenvolvimento das ciências humanas e jurídicas, ainda que hoje seja legitimada e verificada por ciências e argumentos de eficiência da vida em sociedade, como o retorno econômico do investimento na infância. Foi uma escolha política de toda a comunidade brasileira, ainda que amplamente compartilhada, legitimada, fundamentada e juridicamente determinada.

⁸⁸³ Sobre isso ver: VALENTINE, G. Angels and Devils: Moral Landscapes of Childhood. **Environment and Planning D: Society and Space**, 14(5), p. 581–599, 1996.

⁸⁸⁴ Cf. HEWLETT, B. **Hunter-Gatherer Childhoods** – Evolutionary, Developmental, and Cultural Perspectives. New York: Routledge, 1970.

Nesse sentido, independentemente da fundamentação que se quiser adotar, as quais são sempre interdependentes e interrelacionadas, houve uma decisão de se positivarem expressamente no texto constitucional absoluta prioridade para as crianças, seus direitos e seu melhor interesse.

3.2.2. Conteúdo substantivo da prioridade e seu detalhamento em leis, na doutrina e jurisprudência

A existência de poucos trabalhos que discutem o direito da criança no âmbito da dogmática jurídica, especialmente com relação à extensão do Artigo 227 e a norma da absoluta, talvez seja também um dos motivos do triste quadro em que as crianças brasileiras ainda estão sujeitas, na medida que limita tanto a compreensão de sua disposição como a demanda por sua efetivação na realidade prática das políticas públicas, judiciais e regulatórias do Estado.

Apesar da teoria dos princípios prever que o suporte fático de um direito fundamental é amplo, comportando de forma abrangente diversas ações no campo de proteção de um direito fundamental, pela abordagem da teoria externa (*Außentheorie*), faz-se importante, todavia, compreender quais as ações fáticas previstas e detalhadas pelas legislações ordinárias, pela doutrina e jurisprudência acerca da garantia constitucional de absoluta prioridade à criança.

3.2.2.1. Detalhamento em legislações ordinárias e na doutrina de direito público

Estudiosos do direito constitucional no Brasil são tímidos, ou mesmo omissos, em analisar tal disposição constitucional não atribuindo-lhe um substantivo conteúdo legal, quando muito atribuindo a essa disposição um caráter principiológico, relativa a importância das crianças em serem cuidadas.

Essa tarefa sempre esteve mais próxima dos estudos e trabalhos da exegese do ECA, mas que, pela natureza de análise de lei ordinária, não empregou esforços no sentido de contextualizar essas normas no âmbito de uma sistemática do direito

público constitucional, atribuindo à norma um caráter exclusivo ou de regra ou de princípio, em uma visão normalmente absolutista ou, quando muito, pura da teoria dos princípios.

José Afonso da Silva é um dos únicos que aborda o tema, ainda que tangencialmente e sem a devida profundidade, concluindo genericamente que:

“Tudo isso mostra que os direitos humanos da criança e do adolescente estão formalmente muito bem assegurados. Tem ela nessas normas uma Carta de Direitos Fundamentais incomparável onde se lhes garante tudo, mas a realidade não é tão pródiga para com eles como é a retórica jurídica, pois se olharmos em torno de nós veremos, sem qualquer dificuldade, um quadro negro e triste, onde por volta de vinte e quatro milhões de crianças vivem na miséria, 23 milhões na pobreza, 33% das famílias ganham menos do que um salário mínimo, e este fica no nível irrisório de cerca de 120 dólares mensais. Garante-se-lhes a vida e a saúde, mas a mortalidade infantil aumenta na razão direta do desemprego em massa e da queda dos salários, e a cada minuto morre uma criança de inanição. Os textos normativos colocam a criança e o adolescente a salvo da violência, da crueldade e da opressão, mas, para sentir o contraste, nem é necessário referir-se à violência de grupos de extermínio, basta essa violência silenciosa da miséria que destrói milhões.”⁸⁸⁵

Coube às leis ordinárias e à jurisprudência dos tribunais superiores o adensamento do conteúdo substantivo da disposição da absoluta prioridade do Artigo 227. De forma específica, no sentido de detalhar o conceito de absoluta prioridade do Artigo 227, o ECA expressamente apresentou no parágrafo único do seu art. 4º as seguintes provisões:

“A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.”

Assim, nos próximos itens, como forma de adensar o conteúdo da norma da absoluta prioridade, será feito o estudo de cada alínea do parágrafo único do art. 4º do ECA: 1. Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; 2. Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; 3. Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; 4.

⁸⁸⁵ SILVA, 2002, p. 207.

Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Além disso, com a análise da rede de normas constituinte do sistema de jurídico dos direitos da criança, será realizada igualmente a discussão sobre a existência de prioridades dentro da absoluta prioridade da criança e do conflito com prioridades de outros indivíduos estipuladas legalmente: 5. A prioridade das crianças na primeira infância; 6. A prioridade das crianças em situação de risco ou em vulnerabilidade; 7. A prioridade das crianças com deficiência; 8. Demais previsões legais de prioridade no ECA; 9. A prioridade dos jovens pela Emenda Constitucional n. 65 e dos idosos pelo Estatuto do Idoso.

3.2.2.1.1. Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias

A ideia de se colocar a criança em primeiro lugar para proteção e socorro remonta aos tempos das navegações, quando acidentes e necessidade de evacuar as embarcações eram frequentes e os botes salva-vidas limitados. Um dos primeiros registros dessa prática foi achada nos relatos do acidente de um barco à vapor que ia de Nova Iorque para Le Havre em 1840, causado por um raio, conforme relato histórico do passageiro e jornalista J. H. Buckingham, que repercutiu amplamente na imprensa mundial à época: “(...) o capitão disse que tinha pouca dúvida de que o navio estava em chamas, e que nós devemos nos esforçar para chegar lá. Pela sugestão de que seríamos obrigados a nos conduzir para os barcos, foi imediatamente observado por um dos nossos passageiros francês, com manifestação de concordância pelos outros – ‘Vamos cuidar das mulheres e crianças em primeiro lugar.’”⁸⁸⁶ Assim, “Mulheres e crianças em primeiro lugar” se tornou um código de conduta oficial para embarcações, sendo utilizado pelo Fragata Real à Vapor HMS Birkenhead e ficando mundialmente conhecido no

⁸⁸⁶ HOWLAND, Southworth. **Disasters and Railroad Accidents in the United States**. Worcester, 1840, p. 306.

naufrágio do RMS Titanic⁸⁸⁷.

Interessante notar que esse preceito foi desenvolvido ou aplicado em situações de acidentes, catástrofes ou desastres, nos quais o comportamento humano é premido pela urgência da ação rápida para sobrevivência, a qual gera, muitas vezes, conflitos sociais normativos sobre qual a melhor decisão a ser tomada, considerando o risco à própria vida. Por isso, os capitães dos navios aplicavam esse código de conduta apelando para a moral sensível dos passageiros ou utilizando, frequentemente, de violência.⁸⁸⁸ Estudos apontam que instintos naturais de sobrevivência e normas sociais internalizadas – como distinção de classe e gênero – são fatores determinantes para o resultado de situações extremas de vida e morte, como no caso do Titanic, que, apesar de crianças terem tido maior índice de sobrevivência, crianças da primeira ou segunda classe tiveram um índice ainda maior.⁸⁸⁹ Ainda, pesquisa de 2012 de revisão de 18 naufrágios apontou que o Titanic foi exceção, pois na maioria dos naufrágios históricos, a expressão “Cada um por si!” é mais apropriada, segundo os pesquisadores.⁸⁹⁰

Tal conceito foi se espalhando em diversos documentos, inclusive normativos, ampliando sua aplicação para outras áreas, como na Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança de 1924 (“A criança deve ser a primeira a receber o socorro em tempos de crise ou emergência”) e na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 (“Direito a ser socorrido em primeiro lugar, em caso de catástrofes.”⁸⁹¹; “A criança deve - em todas as circunstâncias – figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio.”⁸⁹²).

Na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, não houve menção

⁸⁸⁷ Cf. GELLER, JB. **Titanic: Women and Children First**. New York: W. W. Norton & Company, 1998.

⁸⁸⁸ DELAP, Lucy. Shipwrecked: women and children first?. Artigo online publicado em 20 de janeiro de 2012 no site da Universidade de Cambridge/UK. Disponível em: <https://www.cam.ac.uk/research/discussion/shipwrecked-women-and-children-first>

⁸⁸⁹ Cf. FREYA, Bruno S.; SAVAGEC, David A.; TORGLERB, Benno. Interaction of natural survival instincts and internalized social norms exploring the Titanic and Lusitania disasters. **PNAS**, v. 108, n. 41, 11 out. 2011.

⁸⁹⁰ Cf. ELINDER, Mikael; ERIXSON, Oscar. Gender, Social Norms, and Survival in Maritime Disasters. **Proceedings of the National Academy of Sciences USA** 109(33) 13220-13224, 14 ago. 2012.

⁸⁹¹ Princípio VII.

⁸⁹² Princípio VIII.

expressa a esse conceito, mas em outros documentos, especialmente acerca do Direito Humanitário ou em Diretrizes e Protocolos em casos de desastres e situações de emergência da ONU, a criança é colocada dentre os grupos vulneráveis que merecem especial atenção⁸⁹³.

No Brasil, o primeiro diploma a registrar tal conceito foi mesmo o ECA em 1990, ampliando esse conceito e garantindo legalmente a primazia da criança de recebimento de proteção ou socorro para outras áreas e em “quaisquer circunstâncias”, não somente desastres ou acidentes, mas também nas próprias políticas e orçamento públicos.

Assim, segundo *caput* do Artigo 227 e do art. 4º do ECA, é dever todos os agentes e pessoas do Estado, sociedade, comunidades e famílias garantir com absoluta prioridade a primazia da criança de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias.

3.2.2.1.2. Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública

A segunda alínea do art. 4º do ECA detalha o conceito de prioridade para a criança no atendimento em serviços públicos – como nos sistemas de saúde, educação ou assistência social⁸⁹⁴ –, ou daqueles com relevância pública, compreendendo, portanto, serviços prestados por agentes ou instituições particulares que tenham relevância para a vida coletiva – como, por exemplo, as concessões de rádio e televisão, as de estradas e rodovias, os hospitais particulares, as empresas de energia e de água etc.

O próprio ECA trata das políticas de atendimento de forma específica no Título I de sua Parte Especial, do art. 86 ao 97, definindo-as como um “conjunto de articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”⁸⁹⁵ para, por exemplo: “assistência social de

⁸⁹³ Como na conhecida *Oslo Guidelines*, ou Guidelines (OCHA. The Use of Foreign Military and Civil Defence Assets In Disaster Relief, 2007, p. 12).

⁸⁹⁴ Artigo 13: § 2o

⁸⁹⁵ Artigo 86 ECA.

garantia de proteção social e de prevenção e redução de violações de direitos, seus agravamentos ou reincidências”⁸⁹⁶; “prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão”⁸⁹⁷; “identificação e localização de pais, responsável, crianças e adolescentes desaparecidos”⁸⁹⁸; “proteção jurídico-social por entidades de defesa dos direitos da criança e do adolescente”⁸⁹⁹; “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”⁹⁰⁰; e “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”⁹⁰¹.

Para Antônio Carlos Gomes da Costa, as políticas de atendimento podem ser divididas em quatro grupos: (i) políticas básicas sociais, com foco na universalidade de abrangência para todas as crianças; (ii) políticas de assistência social, com foco nas crianças em vulnerabilidade socioeconômica; (iii) políticas de proteção especial, para crianças vítimas de violência ou em conflito com a lei; e (iv) políticas de garantias, como ações e campanhas para defesa jurídico-social dos direitos de crianças, individuais ou coletivos.⁹⁰²

O ECA, ainda, define nos incisos do art. 88 as diretrizes das políticas de atendimento – como a municipalização do atendimento, a criação dos conselhos de direitos e dos fundos orçamentários e a integração operacional dos órgãos do Sistema de Justiça e da Assistência Social –, e do art. 90 ao 97 prevê a regulação das entidades que promovem esse atendimento, inclusive sua fiscalização.

Modificações recentes no ECA – como as feitas pelas leis n. 12.010 de 2009, nº 12.955 de 2014 e nº 13.257 de 2016 – possibilitaram a previsão da prioridade absoluta da criança no atendimento de forma ainda mais específica,

⁸⁹⁶ Artigo 87, II ECA.

⁸⁹⁷ Artigo 87, III ECA.

⁸⁹⁸ Artigo 87, IV ECA.

⁸⁹⁹ Artigo 87, V ECA.

⁹⁰⁰ Artigo 87, VI ECA.

⁹⁰¹ Artigo 87, VII ECA.

⁹⁰² COSTA, Antônio Carlos Gomes. **É possível mudar** – a criança, o adolescente a família na política social do município. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30-33.

como em toda “tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes”⁹⁰³, nos “recursos nos procedimentos de adoção e de destituição de poder familiar, (...), devendo ser imediatamente distribuídos”⁹⁰⁴, em especial para crianças com deficiência ou doença crônica⁹⁰⁵, e para “os registros e certidões necessários à regularização”⁹⁰⁶, especialmente para inclusão do nome do pai⁹⁰⁷.

Por fim, destaca-se a Lei Federal 10.048 de 2000, que prevê prioridade ao atendimento de pessoas com crianças de colo ou a mulheres gestantes e lactantes, ampliando ainda mais a garantia de prioridade da criança e das pessoas no seu entorno.

3.2.2.1.3. Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas

Ao abordar diretamente o tema da formulação e execução de políticas sociais públicas, o ECA reafirma seu caráter paradigmático e inovador, no sentido de demonstrar de maneira prática, como os direitos individuais e coletivos de crianças devem ser efetivados no Brasil. Prever um sistema de políticas públicas em um diploma legal organizador de direitos, é uma maneira do poder legiferante, um dos mediadores dos interesses e pressões sociais e políticas, vincular legalmente os outros poderes, Executivo e Judiciário, no dever de elaborar e executar políticas que transformem a letra da lei em realidade cotidiana na vida das pessoas e, nesse caso, das crianças brasileiras.

A presente alínea “c” do art. 4º está em consonância com essa intencionalidade, além de compreender que uma política pública apresenta-se em fases de desenvolvimento, como a formulação e execução, todas fundamentais para o seu sucesso. Essa disposição está em pleno acordo com as atuais teorias na

⁹⁰³ Artigo 152: § 1º do ECA.

⁹⁰⁴ Artigo 199-C do ECA.

⁹⁰⁵ Artigo 47, § 9º do ECA.

⁹⁰⁶ Artigo 101, § 2º do ECA.

⁹⁰⁷ Artigo 102, § 5º do ECA.

análise de políticas públicas (*policy analysis*), como a teoria do “ciclo de políticas públicas” (*policy cycle approach*) desenvolvida pelo sociólogo Stephen Ball⁹⁰⁸ e aplicada, inicialmente, a políticas educacionais. Segundo ela, uma política pública é caracterizada por complexas dinâmicas de resolução de problemas sociais pelos governos e Estados, formadas por processos macro e micropolíticos sequenciais e cíclicos, entendidos por fases ou estágios, o que exige uma abordagem dinâmica e flexível, com o uso de várias metodologias complementares na análise do contexto de influência, produção e prática da política pública.

Nesse sentido, pode-se compreender que o uso dos termos “formulação” e “execução” refere-se a todo o processo de elaboração de políticas públicas (*policy-making process*), de todo o ciclo de uma política pública (*policy cycle*) formado, em resumo, pela identificação do problema, formação da agenda, formulação das alternativas e soluções, tomada de decisão, planejamento da execução, implementação e avaliação para retomada ou extinção da política.⁹⁰⁹

Assim, por ordem da disposição constitucional da absoluta prioridade e seu detalhamento no art. 4º, alínea c do ECA, todas as tomadas de decisão em todas as fases do ciclo de todas as políticas públicas sociais que tenham crianças como usuárias diretas ou indiretas, devem garantir preferencialmente os interesses de crianças e seus direitos.

Isso significa, por exemplo, que um prefeito ou governador e todos os seus secretários devem ter em mente, em primeiro lugar, a pergunta se a política pública desenvolvida, seja ela qual for, impacta ou pode impactar crianças. Se sim, o interesse dela e seus direitos previstos devem ser garantidos com absoluta prioridade em todas as fases de formulação e execução dessa política.

⁹⁰⁸ Cf. BALL, S.J. What is policy? Texts, trajectories and toolboxes. **Discourse**, London, v. 13, n. 2, p. 10-17, 1993a.; BALL, S.J. Some reflections on policy theory: a brief response to Hatcher and Troyna. **Journal of Education Policy**, London, v. 9, n. 2, p. 171-182. 1994b.

⁹⁰⁹ RUA, Maria das Graças. **Políticas públicas**, 3. ed. rev. atua., Florianópolis Departamento de Ciências da Administração, UFSC. Brasília: CAPES/UAB, 2014, p. 33.

3.2.2.1.4. Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

Mais uma vez, atento às necessidades práticas no funcionamento das instituições governamentais, o ECA, na presente alínea “d”, previu a prioridade da criança na destinação privilegiada de orçamento público para que as políticas públicas sociais voltadas a elas possam ser plenamente implementadas e executadas.

Incluído pela Lei nº 12.010 de 2009, o § 2º do art. 90 no ECA reforça o conceito aplicado às entidades de atendimento (como no socioeducativo ou socioacolhimento), prevendo que os “recursos destinados à implementação e manutenção dos programas relacionados neste artigo serão previstos nas dotações orçamentárias dos órgãos públicos encarregados das áreas de Educação, Saúde e Assistência Social, dentre outros, observando-se o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente preconizado pelo caput do Artigo 227 da Constituição Federal e pelo caput e parágrafo único do art. 4o desta Lei”.

O orçamento público, originado na arrecadação especialmente de tributos, é o meio pelo qual o Estado exerce suas funções e busca seus fins pelo dispêndio de recursos ou receitas. Pode-se afirmar que a prestação de serviços pelo Estado, inclusive as políticas públicas de atendimento às crianças, dependem de recursos públicos para a execução de todas as fases no ciclo de uma política pública.⁹¹⁰

No Brasil, o Estado desenvolveu um arcabouço próprio para elaboração e destinação dos recursos públicos por meio de leis específicas – como no âmbito da União, o Plano Plurianual (PPA), com prioridades para o período de quatro anos de cada governo, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que estabelece as metas e prioridades para o ano seguinte, e a Lei Orçamentária Anual (LOA), pela qual são estimadas as receitas e fixadas as despesas pelo poder Executivo, com aprovação e emendas do Legislativo, conforme estabelecido pelos artigos 165 a 169 da CF. Esse mesmo modelo é replicado nos estados e municípios, que em função da

⁹¹⁰ Cf. PIRES, José Santo Dal Bem; MOTTA, Waldir Francelino. A evolução histórica do orçamento público e sua importância para a sociedade. **Enfoque: Reflexão Contábil**, Maringá, v. 25, n. 2, p. 16-25, 2006.

centralização tributária na União, possuem pouca criatividade orçamentária.

Como forma de estabelecer diretrizes gerais para elaboração, execução e avaliação orçamentária no país, além de se buscar combater os déficits públicos e o endividamento crescente das unidades da federação, foi editada a Lei complementar n. 101 de 2000, conhecida por Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal no Brasil. Ela, inclusive, vem sendo utilizada por muitos administradores como argumento para “justificar o franco descumprimento das disposições estatutárias e constitucionais relativas à necessidade de estruturação dos municípios e efetiva implantação de planos e programas de atendimento a crianças, adolescentes e seus familiares, (...), está relacionado à suposta ‘impossibilidade’ da realização de ‘gastos’ na área da infância e da juventude em virtude da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal.”⁹¹¹

Merecem ser citados a Lei de Improbidade administrativa (Lei n. 8.429 de 1992) e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257 de 2001), os quais também estabeleceram normas a serem respeitadas pelo administrador no âmbito orçamentário, como a necessidade de participação popular na elaboração, discussão e votação das leis orçamentárias.⁹¹²

Como forma de implementar essa previsão da alínea “d” art. 4º do ECA e de levantar e monitorar o conjunto de ações e despesas do orçamento público destinado às crianças, estimulados igualmente pela Cúpula Mundial da Criança em 1990 da ONU, foi desenvolvido o Orçamento Criança e Adolescente (OCA) e sua metodologia, organizados pelo Grupo Executivo do Pacto pela Infância, criado em 1995⁹¹³, com três áreas prioritárias de ação: saúde, educação e assistência social.⁹¹⁴

O OCA é uma metodologia de controle e fiscalização do Estado para

⁹¹¹ DIGIÁCOMO, Murillo J. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e o Princípio da Prioridade Absoluta à Criança e ao Adolescente**. In: Site do Ministério Público do Paraná, CAO Infância e Adolescência. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=311>>.

⁹¹² Artigos 2º, inciso II; 4º, inciso III, alínea “F”; 43; 44 e 45 da Lei nº 10.257/01.

⁹¹³ FUNDAÇÃO Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente. **De olho no orçamento criança**. 2 ed., São Paulo, 2017, p. 15.

⁹¹⁴ UNICEF. Um mundo para as crianças: Relatório da Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a Criança. **As metas das Nações Unidas para o Milênio**. Nova York: Nações Unidas, 2002, p. 12.

avaliação do efetivo investimento governamental nas políticas voltadas às crianças, com base nos dados do Orçamento Anual previsto na LOA e da Execução Orçamentária disposta difusamente em documentos públicos e sem a necessidade de publicação por parte do Executivo.⁹¹⁵ Na comparação entre as duas bases de cálculo, é possível ver a diferença entre a previsão e a real execução orçamentária e, ainda, verificar a participação relativa do OCA no orçamento total do Estado.⁹¹⁶ Destaca-se, nesse sentido, a iniciativa do Tribunal de Contas do estado do Paraná, que pela Instrução Normativa n. 36/2009 determinou que as administrações indiquem expressamente, de forma clara e objetiva, o quanto foi destinado às políticas para crianças em cada LOA.

No sentido de garantir a participação social na definição da destinação do orçamento público, importante ressaltar a previsão legal da criação dos fundos especiais⁹¹⁷ nacional, estaduais e municipais, denominados Fundos da Infância e Adolescência (FIA) e geridos pelos respectivos conselhos de direitos⁹¹⁸, com autonomia e independência do Executivo, para fomentar ações para a política de atendimento da criança por editais públicos, conforme determina a Resolução n. 137 do Conanda⁹¹⁹, que regula e dá diretrizes de caráter vinculante e obrigatório⁹²⁰ aos FIAs, os quais tem sido objeto de grande investigação por parte do Ministério Público e dos Tribunais de Conta, em função da opacidade de seus processos de destinação.⁹²¹

Apesar da determinação de respeito à vinculação orçamentária dos FIAs, muitos fundos estaduais, e inclusive o nacional, tiveram recursos contingenciados

⁹¹⁵ FUNDAÇÃO, op. cit., p. 20-21.

⁹¹⁶ Ibid., p. 45-46.

⁹¹⁷ Possibilidade prevista pela Lei n. 4.320 de 1964, que permitiu a vinculação de verbas públicas a determinadas políticas, conforme seu Artigo 71: “(...) produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.”

⁹¹⁸ Artigo 88, inciso II do ECA.

⁹¹⁹ Cf. Resolução n. 137 do Conanda. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/novodireito/midia/resolucoes/resolucao-137>

⁹²⁰ Cf. VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas

gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico**, n. 26, jan./mar. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/7823>>.

⁹²¹ TOLEDO JR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio C. Os tribunais de contas e os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Revista do TCU**, n. 108, jan/abril 2007, p. 28-30.

pela administração, que não repassou os valores devidos pela legislação.⁹²² Por isso, já foram apresentadas algumas propostas de novas legislações que proíbem o contingenciamento do FIA, como o PL 10.640 de 2018, de autoria do deputado Floriano Pesaro (PSDB/SP).⁹²³

Outras leis específicas à criança também previram prioridade orçamentária à criança em áreas temáticas e para a elaboração dos planos de atendimento, como a Lei n. 12.594 de 2012, A Lei do Sinase (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), em seus artigos 30 a 34, e o Marco Legal da Primeira Infância, que previu a disponibilidade pela União das informações da diferença entre o orçamento previsto e o realizado em cada ano, conforme § 2º do art. 11.

Importante ressaltar que a jurisprudência dos tribunais vem confirmando o entendimento da obrigação legal de destinação privilegiada de orçamento público para as crianças, tanto pelo STJ confirmando que as decisões dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente vinculam o administrador⁹²⁴, inclusive relacionadas ao FIA e a destinação das multas administrativas da VIJ a ele⁹²⁵, como legitimando que as Varas da Infância e da Juventude podem julgar mandado de segurança para efetivação de execução orçamentária na área de educação.⁹²⁶

Entretanto, a realidade do orçamento prioritário para criança ainda não é efetiva em sua plenitude, especialmente considerando decisões macroeconômicas estratégicas do país, como a aprovação recente da Emenda Constitucional n. 95, conhecida como Emenda do Teto dos Gastos, que institui um Novo Regime Fiscal no país em políticas sociais, impactando diretamente as políticas de atendimento às crianças em saúde, assistência social e educação. As consequências negativas para a garantia dos direitos da criança já podem ser observadas. Estudo aponta que a

⁹²² Cf. Notícia escrita por Alex Rodrigues, para EBC, Conanda cobra liberação de R\$ 56 milhões de Fundo da Criança. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-07/conanda-cobra-liberacao-de-r-56-milhoes-de-fundo-da-crianca>>. Acesso em 2 fev. 2019.

⁹²³ Cf. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/564393-PROPOSTA-PROIBE-CONTINGENCIAMENTO-DE-RECURSOS-DO-FUNDO-DOS-DIREITOS-DA-CRIANCA-E-DO-ADOLESCENTE.html>

⁹²⁴ Cf. STJ, RESP 493811, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/11/03, DJ 15/03/04.

⁹²⁵ STJ. 5º T. REsp 562391/ES; Recurso Especial 2003/0112577-0 Rel. Ministro Felix Fischer. J. em 03/08/2004 Publ. DJU de 30.08.2004, p.00323

⁹²⁶ Cf. STJ. 1ª T. R.Esp. nº 1199587/SE. Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. J. em 21/10/2010; e STJ. 2ª T. R. Esp. nº 1217380/SE. Rel. Min. Castro Meira. J. em 10/05/2011.

política de austeridade instituída pela Emenda n. 95 será responsável por um aumento de 8,6% na mortalidade infantil até 2030, pois deixarão de ser evitadas 124 mil internações e 20 mil mortes de crianças de até 5 anos.⁹²⁷ Com relação à educação, o orçamento previsto para novos investimentos no Ministério da Educação (MEC) apresentou redução de 32% em 2018 com relação ao ano anterior: em 2017, foram destinados mais de R\$ 6,6 bilhões para investimentos no setor, enquanto a Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2018 reserva apenas R\$ 4,52 bilhões.⁹²⁸ Já na área da assistência social, O Conselho Nacional de Assistência Social manifestou-se contra o desrespeito à Política Nacional de Assistência Social, decorrente de cortes orçamentários, reflexo da Emenda Constitucional nº 95, a qual representou, no ano de 2017, no âmbito de serviços, programas, projetos da Assistência Social, redução de 98% e, no âmbito das despesas dos benefícios destinados a pessoas idosas e com deficiência, uma diminuição de 6,52%.⁹²⁹

Nesse sentido, destaca-se a importância dos órgãos de controle e fiscalização da administração – como o Ministério Público, a Defensoria Pública e organizações da sociedade civil –, os quais podem apresentar ações com obrigação de fazer para execução de políticas públicas e orçamentárias voltadas à infância, como ações civis públicas ou ações mandamentais para contestar ato administrativo que vise extinguir entidade ou programa previsto legalmente, ações de improbidade e de responsabilidade para responsabilizar gestores e conselheiros pela não deliberação acerca das políticas.⁹³⁰ Ressaltam-se as ações diretas de inconstitucionalidade apresentadas contra a EC n. 95 ao STF, nas quais há a

⁹²⁷ Cf. RASELLA D; BASU S; HONE T; PAES-SOUSA R, OCKÉ-REIS CO; MILLETT C. **Child morbidity and mortality associated with alternative policy responses to the economic crisis in Brazil: A nationwide microsimulation study.** PLoS Med 15(5): e1002570, 2008.

⁹²⁸ Investimento em Educação terá redução de mais de 30% em 2018. Brasil de Fato. Disponível em:

<<https://www.brasildefato.com.br/2017/12/26/investimentos-em-educacao-tera-reducao-de-mais-de-30-em-2018/>>. Acesso em: 2 fev. 2019.

⁹²⁹ Nota Pública do Conselho Nacional de Assistência Social. Disponível em:

<https://conferencianacional.files.wordpress.com/2017/09/nota-cn-as-orc3a7amento-correta-docxaprovada-plenc3a1rial.pdf>. Acesso em 2 de fevereiro de 2019.

⁹³⁰ Digiácomo, José M. Fechamento de instituição ou programa oficial de atendimento a crianças e adolescentes por ato unilateral do Prefeito Municipal - Ilegalidade manifesta - Estratégias e propostas para reverter a arbitrária decisão, p. 12. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/conselhos_direitos/Fechamento_de_entidades_programas_pelo_Prefeito_revisado.pdf

participação de entidades da sociedade civil atentas aos impactos da emenda às políticas da criança, como o Instituto Alana, por meio do seu programa Prioridade Absoluta, que apresentou manifestação como *Amicus Curiae*.⁹³¹

Por fim, essencial registrar o posicionamento do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, que em 2016 editou o Comentário Geral n. 19⁹³², que detalhou a disposição do art. 4º da CDC, que compromete aos Estados signatários tomar todas medidas disponíveis para realizar os direitos reconhecidos na Constituição, inclusive “limite máximo dos seus recursos disponíveis”. Conforme o Comentário, que apresenta passos detalhados para uma devida execução orçamentária para efetivação dos direitos da criança, tal disposição “significa que os Estados-partes devem demonstrar que têm feito todos os esforços para mobilizar, alocar e gastar recursos orçamentários para cumprir as direitos sociais e culturais de todas as crianças”.⁹³³

Constata-se que é, portanto, uma obrigação legal – tanto em âmbito nacional pela Constituição e detalhamento por leis ordinárias como pela adesão à tratados internacionais, como a CDC/ONU – a priorização dos interesses e dos direitos de crianças em qualquer instância ou decisão do Estado e seus poderes, da sociedade e suas instituições e das famílias e seus membros.

Com fundamento em diferentes tipos e natureza de argumentos, a determinação legal de garantir prioridade à criança parte do entendimento de que a criança está em uma fase peculiar de desenvolvimento e, por isso, necessita ser posta em primeiro lugar diante de sua vulnerabilidade e heteronomia. Ainda, argumentos econométricos explicariam a racionalidade estratégica dessa escolha, especialmente com o entendimento da diminuição do déficit e do fortalecimento econômico proporcionado pelo investimento econômico na infância.

O termo priorizar, na sua acepção de preferência, permitiria o entendimento de que, em alguns casos, o direito da criança ou seu melhor interesse possa não ser

⁹³¹ Manifestação Amicus Curiae à ADU n. 5658 ao STF, Programa Prioridade Absoluta, Instituto Alanaa, Disponível em: <http://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2016/05/amicus-final-protocolo.pdf>

⁹³² Comentário Geral n. 19 de 2016. CRC/C/GC/19

⁹³³ Cf. tradução livre de “means that States parties are expected to demonstrate that they have made every effort to mobilize, allocate and spend budget resources to fulfil the economic, social and cultural rights of all children”, In: Comentário Geral n. 19 de 2016. CRC/C/GC/19, p. 9.

priorizado em função de outro direito ou interesse mais relevante no caso concreto. Entretanto, o termo *prioridade* na Constituição Federal não veio desacompanhado, tendo sido qualificado pela junção com o termo *absoluta*, cujo conceito e desdobramentos de seu uso serão abordados a seguir.

3.2.2.1.5. A prioridade das crianças na primeira infância

A Lei 13.257 de 2016, o Marco Legal da Primeira Infância, determinou em seu art. 3º que “a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do Artigo 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral”.

Modificando o ECA, o Marco estabeleceu, por exemplo, com a inclusão do § 2º no art. 13 que: “os serviços de saúde em suas diferentes portas de entrada, os serviços de assistência social em seu componente especializado, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas) e os demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente deverão conferir máxima prioridade ao atendimento das crianças na faixa etária da primeira infância com suspeita ou confirmação de violência de qualquer natureza, formulando projeto terapêutico singular que inclua intervenção em rede e, se necessário, acompanhamento domiciliar.” (grifos nossos).

O Projeto de Lei que originou o referido marco (PL 6.998 de 2013) era ainda mais incisivo com relação à necessidade de estabelecimento da prioridade às crianças na primeira infância, como explicita o parágrafo único do art. 6-B do antigo PL: “A Primeira Infância terá prioridade no atendimento público, em razão da necessidade de proteção, cuidado e educação da criança, bem como da relevância dos primeiros anos de vida na formação da pessoa, na construção da subjetividade e das interações sociais”.⁹³⁴ O mesmo marco, modificando o ECA,

⁹³⁴ BRASIL, Congresso Nacional. Texto do PL 6.998 de 2013, disponível em:

define que as crianças na primeira infância em “contextos que apresentem riscos ao desenvolvimento”⁹³⁵, como aquelas “com suspeita ou confirmação de violência de qualquer natureza”⁹³⁶ ou com “com indicadores de risco ou deficiência”⁹³⁷, terão prioridade nas políticas sociais públicas.

O intuito de um novo marco legal para a primeira infância se fundamentou no entendimento de que as crianças, durante a primeira infância, estão em uma fase decisiva para o desenvolvimento de suas habilidades cognitivas, socioemocionais e motoras, uma verdadeira janela de oportunidades para intervenções de políticas públicas que promovam relações interpessoais e ambientais com estímulos adequados ao seu sadio desenvolvimento, conforme demonstrado anteriormente. Por isso, a privação material ou emocional, causas do *estresse tóxico*, também resulta nesse período em impactos sérios e prologados no desenvolvimento do indivíduo, inclusive com a prevalência de doenças crônicas não transmissíveis.

Como ressaltado, na própria justificativa do PL 6.998 de 2013, “não é menos importante dizer que uma infância descuidada, submetida a tantas formas de violência e abandono, a estresse com forte significação sobre sua saúde física e mental, oferece todos os ingredientes para gerar comportamentos desajustados mais tarde”. Apesar do viés determinista e, de certa forma, propenso a visões fechadas do que é normal ou “desajustado” no comportamento humano, a fundamentação do PL ressalta a importância do período da primeira infância para o desenvolvimento das bases de todas as capacidades e habilidades humanas.

Segundo o dr. Jack Shonkoff, diretor e pesquisador do Centro de Desenvolvimento Infantil da Universidade de Harvard, “a sociedade vai pagar custos mais altos em educação corretiva, tratamento clínico, assistência social quando os circuitos neuronais não são formados apropriadamente no começo da vida e quando são ignoradas e negadas ações preventivas”⁹³⁸.

Com a elaboração da Lei 13.257 de 2016, o Marco Legal da Primeira

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1214724&filename=PL+6998/2013>.

⁹³⁵ Artigo 13 do Marco Legal da Primeira Infância.

⁹³⁶ Artigo 23 que inclui § 2o no Artigo 13 do ECA.

⁹³⁷ Artigo 14, § 2o Marco Legal da Primeira Infância.

⁹³⁸ SHONKOFF, J. P.; FHILLIPS, D. A. **From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development**. Washington: National Academy Press, 2000, p. 8.

Infância (MLPI), uma nova categoria etária entre as crianças foi criada, a primeira infância, período que, segundo o art. 2º da referida lei, abrange “os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança”.

Elaborada com base no entendimento da importância e impactos deste período para todo o desenvolvimento humano – em função das pesquisas de neurociência que apontam os picos de plasticidade cerebral agudos e a sensibilidade do cérebro humano aos estímulos positivos ou negativos ambientais e interpessoais –,⁹³⁹ o MLPI estabeleceu uma série de novas normas ou reformou já existentes, no sentido de garantir especial atenção para as crianças durante a primeira infância.

Incluindo também o § 5º no art. 102 do ECA, concedeu absoluta prioridade e isenção de multas, custas e emolumentos aos “registros e certidões necessários à inclusão, a qualquer tempo, do nome do pai no assento de nascimento”.

Constata-se, portanto, que o MLPI previu a criação de uma prioridade etária dentro do conceito de prioridade absoluta para a criança durante a primeira infância e, ainda, reforçou a prioridade para todas as crianças em situação de risco, vulnerabilidade ou com deficiência.

3.2.2.1.6. A prioridade das crianças em situação de risco ou em vulnerabilidade

O MLPI determinou nos artigos 13 e 14, § 2º, que todas as crianças na primeira infância ou crianças de forma geral em situação de risco, vulnerabilidade ou com deficiência devem ter prioridade nas políticas sociais públicas e em redes de proteção e cuidado da criança em seus contextos sociofamiliar e comunitário.

No mesmo sentido, incluiu o § 2º no art. 13 do ECA, que determinou que crianças “na faixa etária da primeira infância com suspeita ou confirmação de violência de qualquer natureza” devem ter prioridade no atendimento nos Centros de Referência Especializado de Assistência Social (Creas) e nos demais órgãos do Sistema de Garantia de Direitos da Criança.

⁹³⁹ Ver item 2.1.2 do Capítulo 2.

Tais disposições encontram-se em consonância com as disposições constitucionais da seguridade social e assistência social, especialmente detalhadas pela Lei n. 8.742 de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), que instituiu no Brasil as políticas de assistência social, prevendo: (i) o benefício de prestação continuada (BPC) do art. 20 para aqueles, inclusive crianças deficientes⁹⁴⁰, “que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”; (ii) os benefícios eventuais do art. 22, pela situação de nascimento para apoio à criança e sua família⁹⁴¹; e (iii) os serviços socioassistenciais para crianças em situação de risco pessoal e social, conforme determinação do art. 23, § 2º, I.

Logo, compreende-se que as políticas de seguridade social previstas na Constituição, quando detalhadas por leis ordinárias, garantiram a prioridade de atendimento às crianças e suas famílias que estejam em situação de risco e vulnerabilidade socioeconômica.

3.2.2.1.7. A prioridade das crianças com deficiência

A Lei n. 13.146 de 2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), foi clara em determinar em seu art. 8º que é “dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos”. Em uma clara inspiração no texto do *caput* do Artigo 227 da CF, o EPD garantiu prioridade às pessoas com deficiência: nos serviços de emergência públicos e

⁹⁴⁰ Conforme o Decreto 6.214/2007, que regulamentou o BPC: “Art. 4º, § 1º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)”.

⁹⁴¹ Segundo as orientações técnicas do MDS sobre os benefícios eventuais ofertados pelos Creas: “A oferta do benefício eventual por situação de nascimento se destina a evitar e superar inseguranças e vulnerabilidades sociais vivenciadas pelas mães e famílias nos processos que envolvem o nascimento ou a morte da própria mãe e/ou de filhas e filhos e que impactam na convivência, na autonomia, na renda, enfim, na capacidade de viver dignamente e de proteger uns aos outros no grupo familiar.” In: MDS. **Orientações técnicas sobre Benefícios Eventuais no SUAS**. 2018, p. 20.

privados⁹⁴²; nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos por apenas uma vez⁹⁴³; prioridade de inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiências com maior dificuldade⁹⁴⁴; prioridade e segurança nos procedimentos de embarque e de desembarque nos veículos de transporte coletivo⁹⁴⁵.

Ainda, importante ressaltar a disposição do art. 70, VI, parágrafo único do ECA, incluída pela Lei n. 13.010 de 2014, que já tinha determinado que “crianças e adolescentes com deficiência terão prioridade de atendimento nas ações e políticas públicas de prevenção e proteção”.

Além disso, o próprio MLPI e leis sobre a adoção também determinaram prioridade às crianças com deficiência em suas disposições, permitindo o entendimento de que todas as crianças com deficiência possuem prioridade sobre as outras crianças.

3.2.2.1.8. Demais previsões legais de prioridade no ECA

O Eca previu, ainda, prioridade a determinadas crianças em determinadas situações, como, por exemplo: a prioridade para crianças com deficiência, doença crônica e grupos de irmãos em processos de adoção⁹⁴⁶; a prioridade para o apadrinhamento de crianças com possibilidade remota de reinserção familiar ou adoção⁹⁴⁷; a prioridade para crianças com deficiência no atendimento das ações e políticas públicas de prevenção e proteção⁹⁴⁸; a prioridade absoluta de recursos orçamentários para as entidades de atendimento do art. 90 (I - orientação e apoio sociofamiliar; II - apoio socioeducativo em meio aberto; III - colocação familiar; IV - acolhimento institucional; V - prestação de serviços à comunidade; VI - liberdade assistida; VII - semiliberdade; e VIII – internação); a prioridade absoluta e insenção

⁹⁴² Artigo 9o, § 2o.

⁹⁴³ Artigo 32, *caput* e § 1o.

⁹⁴⁴ Artigo 37, I.

⁹⁴⁵ Artigo 47, § 2o.

⁹⁴⁶ Artigo 47, § 9º e art. 50, § 15

⁹⁴⁷ Artigo 19-B, § 4º.

⁹⁴⁸ Artigo 69, parágrafo único.

para o registro civil de crianças⁹⁴⁹; a prioridade absoluta na tramitação dos processos e procedimentos previstos nesta Lei, assim como na execução dos atos e diligências judiciais a eles referentes⁹⁵⁰; e a prioridade recursal nos processos de adoção⁹⁵¹.

3.2.2.1.9. A prioridade dos jovens pela Emenda Constitucional n. 65 e dos idosos pelo Estatuto do Idoso

O texto constitucional de 1988 garantiu igualmente ao idoso o amparo, conforme art. 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”.

Como forma de detalhar tal proteção constitucional, foi editada, somente em 2003, a Lei 10.741, o Estatuto do Idoso, abarcando pessoas com idade igual ou superior a 60 anos e prevendo diversas disposições, dentre as quais o art. 3º, que estabeleceu: “obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.” (grifos nossos).

Como se pode notar, o termo *absoluta prioridade* é utilizado novamente em um contexto de proteção dos direitos de determinado grupo social, somente agora em legislação ordinária, mas com igual detalhamento acerca do significado de prioridade, conforme o § 1º do mesmo art. 3º.⁹⁵² Ainda, o § 2º estabelece uma

⁹⁴⁹ Artigo 102, § 2º.

⁹⁵⁰ Artigo 152, § 1º.

⁹⁵¹ Artigo 199-C.

⁹⁵² Cf. § 1º do Artigo 3º: “A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

prioridade dentro desta prioridade do idoso, que é a previsão da “prioridade especial aos maiores de oitenta anos, atendendo-se suas necessidades sempre preferencialmente em relação aos demais idosos”.

Ao utilizar novamente tal expressão, percebe-se que os legisladores federais buscam garantir aos idosos – considerado igualmente um grupo social mais vulnerável em função de sua fase peculiar de vida – uma proteção também especial, particularmente para os maiores de 85 anos.

Além dessa previsão com relação aos idosos, faz-se necessário registrar a recente alteração realizada pela Emenda Constitucional nº 65, de julho de 2010, na redação do Artigo 227 da Constituição Federal. Essa Emenda incluiu a figura do jovem na categoria de indivíduos abarcados pela norma da prioridade absoluta, o que antes era restrito às crianças e adolescentes. Ainda, além dos incisos III e VII do § 3º, incluiu o § 8º, que prevê a necessidade da elaboração do Plano Nacional da Juventude e do Estatuto da Juventude, Lei n. 12.852 de 2013, em que foi definido a faixa etária que contempla a denominação de jovem, aquele entre 15 e 29 anos de idade, ampliando a definição do conceito etário que a própria Assembleia Geral da ONU adotou em 1985 para o Ano Internacional da Juventude, pessoas entre 15 e 24 anos, o que foi ratificado pelo Programa Mundial de Ação para Juventude das Nações Unidas.

Apresentada pelo deputado Sandes Júnior (PP/GO), a Proposta de Emenda Constitucional n. 138 de 2003, que deu origem à EC n. 65⁹⁵³, teve como justificativa apenas uma página, mas optava pela criação de um novo artigo constitucional, o 230-A, sem a alteração do Artigo 227, por entender

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações; V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência; VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos; VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento; VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais; IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.”.

⁹⁵³ Cf. BRASIL, Congresso Nacional. Tramitação Proposta de Emenda Constitucional n. 138 de 2003 disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=129219>; e <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/88335>

“a existência de imensa lacuna no Capítulo VII do Título VIII do nosso Diploma Maior. Refiro-me à ausência do jovem não-adolescente em tal Capítulo. É com o fito de eliminar essa falha do texto constitucional que se busca constitucionalizar a proteção à juventude, garantindo-lhe os direitos econômicos, sociais e culturais.”

Todavia, no âmbito de uma Comissão Especial criada para sua análise, a PEC n. 138 ganhou novos contornos, pela proposição de alterar o Artigo 227 em parecer da relatora Alice Portugal apresentado e votado em 23 de novembro de 2005, justificando que:

“Quando da elaboração da Constituição de 1988, organizações governamentais e não governamentais lutaram por garantias constitucionais para a criança e o adolescente. Havia uma determinação consensual da sociedade civil de elaborar um Estatuto da Criança e do Adolescente. A política pública vigente era baseada na Lei 4.513/64 que tratava da política nacional do bem-estar do menor. Havia a Lei nº 6.697/79, o Código de Menores, que já era, por sua vez, uma reedição do Código de Menores de 1927, do Juiz Mello Mattos. Assim, foi inserido na Constituição o Artigo 227, que tratava dos direitos da criança e do adolescente e incorporava o que já era consenso internacional proclamado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que tratava da população de zero a dezoito anos. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, afirma que criança é a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º) e excetua em seu parágrafo único, a aplicação do Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade, nos casos expressos em lei.”

A proposta foi primeira votação no Plenário da Câmara somente em novembro de 2008, quando foi aprovada e encaminhada ao Senado. Sua aprovação foi impulsionada pelo Governo Federal à época, especialmente pela Secretaria Nacional de Juventude, liderado por Beto Cury, imediatamente após a realização da 1ª Conferência Nacional de Juventude, em abril de 2008, que entre as 22 prioridades definidas, estava a aprovação da PEC 138/42.⁹⁵⁴

Uma vez no Senado Federal, agora sob o n. 42 de 2008, foi apresentado parecer do senador Expedito Júnior (PR/RO) acerca da referida PEC na CCJC, no qual asseverou que:

⁹⁵⁴ Cf. CONFERÊNCIA define as 22 prioridades da juventude brasileira. **Secretaria do Governo.** Notícias. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/noticias/2008/04/not_30042008>.

“Não amparados por serviços diferenciados e eficientes de apoio educacional, psicológico e médico, esses jovens vivenciam diariamente os conflitos inerentes à transição da adolescência para a vida adulta. Experimentam, nessa fase, via de regra, a saída da escola e da casa dos pais, a procura de trabalho, a prestação do serviço militar, o casamento e a constituição de uma nova família. Passam, portanto, de um estado de indefinição e dependência a outro de responsabilidade e autonomia, sem vislumbrar a presença do Estado em seu horizonte. Na verdade, desprovidos que estão do conhecimento de seus direitos, deveres, capacidades, importância e papel social, a maioria dos jovens carece até mesmo de um projeto de vida. Sentindo-se excluídos dos mecanismos que movem a sociedade, eles se distanciam da participação política e social e deixam de utilizar suas energias na realização de ações transformadoras. Assim, não contribuem para a renovação de quadros e lideranças, o que decerto compromete o futuro do País. Para reverter esse quadro, temos de agir de imediato, colocando a questão da juventude como prioridade nacional, já que esse segmento da população é estratégico para o desenvolvimento brasileiro.”⁹⁵⁵

A PEC foi aprovada no Senado em julho de 2010, sem alteração no texto advindo da Câmara, o que permitiu sua remessa direta à sanção presidencial que foi feita no dia 14 de julho de 2010, quando o autor da PEC, deputado Sandes Júnior argumentou: “O constituinte assegurou prioridade para crianças, adolescentes e idosos, mas esqueceu-se de incluir os jovens”⁹⁵⁶.

Não obstante a proteção devida ao jovem, necessária para a continuação do desenvolvimento de suas potencialidades, sua inclusão no Artigo 227 foi alvo de críticas durante sua tramitação e aprovação, pois, de certa forma, enfraquece o argumento da prioridade absoluta em função da fase peculiar do desenvolvimento em que as crianças e adolescentes estão. Certamente, as capacidades e habilidades de um jovem de 28 anos são evidentemente mais desenvolvidas, em média, em relação a uma criança de 11 anos.

Fora isso, a criação de uma nova categoria sobrepondo-se parcialmente ao conceito de adolescente, que vai dos 12 aos 18 anos, pode trazer maior falta de rigor técnico e conceitual na aplicação das normas. Com tal inclusão, jovens de 29

⁹⁵⁵ SENADO FEDERAL. Parecer do Senador Expedito Júnior (PR/RO) à PEC n. 42 de 2008 apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 11 fev. 2009.

⁹⁵⁶ Cf. AGÊNCIA CÂMARA. PEC da juventude inicia marco legal de políticas para pessoas entre 15 e 29 anos. Notícias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/149638-PEC-DA-JUVENTUDE-INICIA-MARCO-LEGAL-DE-POLITICAS-PARA-PESSOAS-ENTRE-15-E-29-ANOS.html>>.

anos teriam prioridade até mesmo em relação aos idosos, como, por exemplo, em caso de atendimento e socorro médico, posto que os idosos não possuem a mesma garantia de absoluta prioridade constitucional.

Como resolução para tal impasse, após a EC n. 65, na tramitação ainda na Câmara do Projeto de Lei do Estatuto da Juventude (PL n. 4.529 de 2004), o termo absoluta prioridade não foi mencionado no Estatuto e não houve tampouco o detalhamento de prioridade em políticas públicas ou orçamentárias como no art. 4º do ECA ou no art. 3º do Estatuto do Idoso.

Nesse sentido, apesar da importância de se dar destaque ao jovem no texto constitucional, compreendemos que a inclusão do jovem especificamente no Artigo 227 apresentou inadequações, especialmente no intuito inicial da disposição constitucional, que era de assegurar às crianças, indivíduos considerados com até 18 anos de idade, reconhecimento de sua vulnerabilidade em função do seu estágio peculiar de desenvolvimento e da evolução progressiva de suas capacidades, conforme demonstrado extensivamente nos itens anteriores. Melhor teria sido a adoção da proposta inicial da PEC n. 138 de 2003, que previa a inclusão de novo artigo constitucional para tratar de forma específica a situação do jovem.

Todavia, a elaboração de normas em um Parlamento, inclusive de Emendas Constitucionais, não se orienta exclusivamente por uma racionalidade de logística sistêmica ou de compreensão profunda da Constituição e seus ditames; ela está sujeita aos amplos e imprevisíveis processos políticos, permeado por diversos interesses de grupos de pressão, inclusive do próprio governo, ainda que não tão evidentes ou facilmente detectados.

3.2.2.2. Modelo interseccional de escalonamento de prioridades

Diante de tantas provisões normativas acerca de prioridade, como racionalizar essas diferentes disposições, especialmente no atendimento em políticas ou orçamentárias, de crianças na primeira infância, crianças até 12 anos, adolescentes, jovens e idosos, combinados com as variáveis de risco ou vulnerabilidade socioeconômica e de apresentação de deficiência?

O ideal, sem dúvida, seria a capacidade do Estado, da sociedade e das famílias de protegerem e promoverem os direitos fundamentais destes e de todos os cidadãos de forma indistinta, posto que todos merecem o apoio para o desenvolvimento livre de suas capacidades e habilidades. Contudo, os recursos financeiros do Estado são escassos, o que exige, em muitos momentos, o estabelecimento de prioridades, o que pode ser feito por meio de normas, como nos casos acima demonstrados.

Como forma de permitir uma aplicação mais consciente e fundamentada, sugere-se a adoção para a análise da prioridade desses indivíduos por meio de um modelo interseccional de escalonamento de prioridades, pelo qual se dará preferência e precedência das disposições constitucionais de maior hierarquia, mas combinadas com o detalhamento de leis ordinárias que abordam de forma específica esse conceito de prioridade, especialmente pelo do fato de ser absoluta, dando contornos mais definidos e materialidade à norma constitucional.

Nesse sentido, considerando todos os argumentos expostos, compreende-se que em uma escala de prioridade, a criança durante a primeira infância, em função da sensibilidade do seu desenvolvimento, está em primeiro lugar, seguida pelas demais crianças e adolescentes, com prioridade em todas as segmentações para crianças com deficiência e em situação de risco ou vulnerabilidade socioeconômica. Após isso, vêm os idosos, pela existência específica de lei que aborda diretamente o conceito de absoluta prioridade. Por fim, estariam os jovens, especialmente os maiores de 18 anos.

Dessa forma, interseccionalmente, as crianças com deficiência na primeira infância, em situação de risco ou vulnerabilidade socioeconômica teriam prioridade dentro da escala de prioridades estabelecidas pelos legisladores constitucionais e infraconstitucionais.

Para materializar essa discussão, pode-se imaginar o seguinte evento: em função da contaminação por substância química tóxica no sistema de distribuição de água de determinada cidade, toda a população do município foi afetada, o que gerou uma demanda inesperada por serviços hospitalares. Nas grandes filas de espera das salas dos hospitais, considerando que todos estão com os mesmos

sintomas, o seguinte procedimento de precedência poderia ser adotado: atende-se, em primeiro lugar, as crianças menores, durante a primeira infância, seguidas por outras crianças e adolescentes; depois disso, aos idosos; e, por último, os jovens. Ainda, interseccionalmente, atende-se primeiro crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade socioeconômica ou com deficiência.

Contudo, como será observado no próximo capítulo sobre o caráter absoluto da prioridade, a norma da prioridade absoluta pode apresentar-se como regra e princípio, o que permite que em condições específicas e com contrarrazões de maior intensidade e fundamentadas, essa primazia ou precedência possa ser superada pela prevalência do direito fundamental de outro indivíduo de que não esteja tutelado por uma norma de prioridade. Assim, no mesmo referido caso, se um idoso tiver ingerido maior quantidade de água e substância tóxica, ele poderia ser atendido em primeiro lugar, diante do maior risco apresentado, mas sempre pela análise e decisão compartilhadas dos pesos e variáveis envolvidas em cada caso concreto.

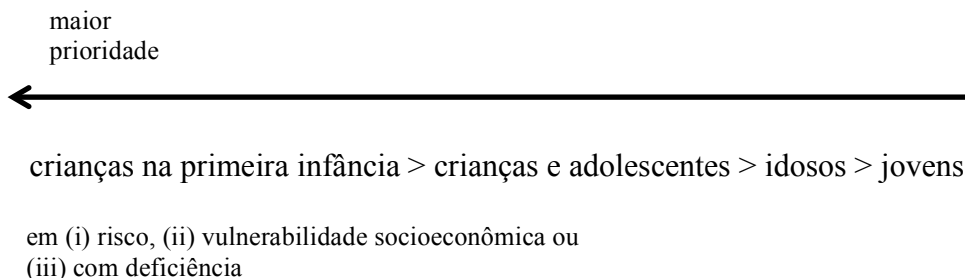
Percebe-se que essa proposição de escalonamento da prioridade baseia-se na avaliação tanto da vulnerabilidade em função das diferentes fases peculiares de desenvolvimento, da vulnerabilidade socioeconômica ou em função da existência de risco violência ou deficiência, como também da capacidade de resiliência e autonomia desses indivíduos com relação às ameaças e perigos apresentados pelas relações interpessoais ou fenômenos ambientais.

A prioridade, especialmente em situações de socorro ou no atendimento de políticas públicas ou orçamentárias, apresenta-se como forma de equalizar e equilibrar as vulnerabilidades pessoais ou socioestruturais apresentadas por esses indivíduos e grupos de indivíduos, no sentido de permitir maior apoio para que possam ser reconhecidos nas suas vulnerabilidades e desenvolver integralmente suas habilidades e capacidades. Tal disposição está em plena consonância com as disposições constitucionais relativas aos direitos sociais e o foco das políticas de seguridade social dos artigos 194 e 195 CF e de saúde dos artigos 196 a 200.

Nesse sentido, quanto mais vulnerável ou carente de cuidado, mais a norma da absoluta prioridade se expressa como regra; e quanto mais resiliente e

autônomo, mais a norma da absoluta prioridade se expressa como princípio.

Resumidamente, pode-se apresentar a seguinte expressão gráfica acerca do escalonamento de prioridades dentre prioridades:



3.2.2.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

3.2.2.3.1. Aplicação da disposição da absoluta prioridade pelo STF

De forma geral, casos jurídicos que envolvem crianças e seus direitos não costumam utilizar o Artigo 227 como fundamentação, conforme pesquisa quantitativa realizada por Thiago de Oliveira Gonçalves, que constatou que somente 5% das decisões analisadas utilizavam a disposição constitucional nas decisões dos Tribunais Federais e dos Tribunais Superiores.⁹⁵⁷

Todavia, quando utilizado o Artigo 227, a jurisprudência majoritária do STF tem adotado entendimento similar na sua aplicação e uso. Em diferentes acórdãos, decisões da presidência ou decisões monocráticas, há o entendimento da força e intensidade da proteção constitucional prioritária à criança pelo Artigo 227.⁹⁵⁸

Tal proteção, prevista nos dispositivos constitucionais do Artigo 227,

⁹⁵⁷ GONÇALVES, Thiago de Oliveira. **A absoluta prioridade dos direitos da criança, do adolescente e do jovem**: análise empírico-normativa da aplicação judicial da norma atribuída ao Artigo 227 da Constituição. 2011, 164 f. Mestrado em direito Instituição de Ensino: Centro Universitário de Brasília, Brasília.

⁹⁵⁸ Pesquisa realizada no site do STF por meio do uso das seguintes palavras: “prioridade absoluta”, “prioridade absoluta da criança” e “Artigo 227”.

permite, segundo o STF, a limitação da discricionariedade administrativa⁹⁵⁹, preceito fundante de todo o Direito Administrativo, especialmente com relação à gestão de seus recursos orçamentários. Nesse sentido, destacam-se as decisões relativas ao acesso e disponibilidade de vagas para educação infantil e creche ou da necessidade de construção de unidades do socioeducativo para internação de crianças em conflito com a lei.

Em decisão relativa à Suspensão de Liminar (SL) 235-0 ajuizada pelo governo do Tocantins contra liminar deferida em ação civil pública pelo Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Araguaína/TO, acerca da necessidade do governo do Tocantins implementar unidade especializada para cumprimento das medidas socioeducativas de internação e semiliberdade aplicadas a adolescentes para evitar que os mesmos fossem alojados em cadeia local em celas próximas às de presos adultos, o STF foi claro na interpretação do Artigo 227 da Constituição:

“(…) Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente. Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva do direito fundamental à proteção da criança e do adolescente. (grifo do autor) Segundo esse aspecto objetivo, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo deste direito. (...) Parece lógico, portanto, que a efetividade desse direito fundamental à proteção da criança e do adolescente não prescinde da ação estatal positiva no sentido da criação de certas condições fáticas, sempre dependentes dos recursos financeiros de que dispõe o Estado, e de sistemas de órgãos e procedimentos voltados a essa finalidade. De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de um espaço amplo de discricionariedade estatal, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico. A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto no ECA. As determinações acima devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária estadual, pois se tratam de comandos vinculativos. Essa política prioritária e constitucionalmente definida deve ser levada em conta pelas previsões orçamentárias, como forma de aproximar a atuação administrativa e legislativa (Annäherungstheorie) às determinações constitucionais que concretizam o

⁹⁵⁹ Discricionariedade administrativa, ou poder discricionário da Administração, é “quando a Administração, diante de um caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 176).

O mesmo entendimento é concedido a diferentes decisões⁹⁶¹ acerca da necessidade dos estados e municípios efetivarem a disposição constitucional da absoluta prioridade pela garantia do atendimento de crianças em creches ou educação infantil:

“Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, ‘O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa’, ‘in’ RT 749/82-103), que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Distrito Federal (CF, art. 211, § 2º, c/c o art. 10, parágrafo único, da Lei nº 9.394/96), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário ‘às crianças até 5 (cinco) anos de

⁹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de liminar 235-0 Tocantins. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 04.08.2008.

⁹⁶¹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário AgR 410.715/SP, 2ª Turma. DJ 03.02.2006 Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 03.02.2006; RE 1101106 AGR / DF, Relator Celso de Mello, 2ª turma; RE 1076911 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL , AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, (vaga em creche) Julgamento: 16/03/2018, Órgão Julgador: Segunda Turma; RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS, AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 29/10/2013 Órgão Julgador: Segunda Turma; ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO , AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 23/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma; RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma; SL 263 / RJ - RIO DE JANEIRO, SUSPENSÃO DE LIMINAR, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Julgamento: 14/10/2008, Min. GILMAR MENDES; STA 318 / RS - RIO GRANDE DO SUL, SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. PRESIDENTE Gilmar Mendes, Julgamento: 20/04/2009; AI 677.274/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJ 30.09.2008; AI-AgR 474.444/SP, 1ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 17.08.2007; RE-AgR 410.715/SP, 2ª Turma, Ministro Celso de Mello, DJ 03.02.2006; RE 431.773/SP, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.10.2004.

idade' (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).⁹⁶²

O mesmo entendimento foi conferido no RE n. 581.352 AGR/AM⁹⁶³ acerca de ação civil pública para ampliar e melhorar o atendimento de gestantes e crianças em maternidades estaduais, na STA 198/MG, na garantia de saúde pelo SUS⁹⁶⁴, ou no RE n. 482.611/SC, no qual foi confirmada a obrigação de manutenção de programa específico destinado ao atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência:

“É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos direitos da criança e do adolescente (CF, Artigo 227, ‘caput’) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num ‘facere’, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas 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’⁹⁶⁵

Há aqueles que defendem que tal ingerência do Judiciário em assuntos de natureza política do Executivo seria um ativismo judicial indevido e prejudicial, ainda que embasado no argumento da prioridade absoluta da criança. Mais

⁹⁶² RE 1101106 A GR / DF, Relator Celso de Mello, 2ª turma.

⁹⁶³ RE 581352 AGR / AM, 2a turma, Relator: MIN. CELSO DE MELLO

⁹⁶⁴ STA 198 / MG - MINAS GERAIS, SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Min. Gilmar Mendes: “Ressalte-se, ainda, que a alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde de todos (art. 196), com a absoluta prioridade para o atendimento das crianças e adolescentes (Artigo 227), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde.”; SL 228 / CE – CEARÁ, SUSPENSÃO DE LIMINAR, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Julgamento: 14/10/2008, Presidente Min. GILMAR MENDES, cf. decisão: “A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde de todos (art. 196), com a absoluta prioridade para o atendimento das crianças e adolescentes (Artigo 227), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde, e tecnicamente especificado pelas Portarias do Ministério da Saúde. Não se pode conceber grave lesão à economia da União, diante de determinação constitucional expressa de primazia na formulação de políticas sociais e econômicas nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva.” No mesmo sentido, a SL de n. 263/RJ; STA 241/RJ; e SL 235/TO.

⁹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 639337 AgR/SP, 2ª Turma. DJ 03.02.2006 Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 23.08.2011

especificamente, Thiago de Oliveira Gonçalves afirma, ao estudar a norma da absoluta prioridade, que a mesma não seria absoluta em todos os casos, em função da reserva do possível, a eficácia limitada dos direitos sociais, devendo-se evitar a aplicação da norma em sua literalidade.⁹⁶⁶

Outro tema debatido pela corte no âmbito da prioridade absoluta da criança foi a relativização da coisa julgada com repercussão geral para ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético, em decorrência da não realização do exame de DNA.⁹⁶⁷ No âmbito desse debate, a prioridade absoluta foi eixo de discussão, conforme declarou Joaquim Barbosa em discussão na plenária do RE n. 363.889/DF, em resposta ao ministro Luiz Fux, que argumentava que o princípio da coisa julgada deveria ser um “altar-mor”, rebatendo: “Mas essa catedral, aqui, está entrando em choque com um outro dispositivo da Constituição que talvez tenha igual ou mais importância, que é o artigo 227 da Constituição.”⁹⁶⁸

Ainda, no âmbito das discussões de *habeas corpus* para adolescentes em conflito com a lei⁹⁶⁹, o Artigo 227 e a proteção aos direitos da criança sempre são mencionados como “um dos direitos mais expressivos contemplados em nosso sistema constitucional que impõe ao Estado (e, igualmente, à sociedade e à família) o dever de criar condições objetivas que viabilizem, em favor dessas mesmas crianças e adolescentes, ‘(...) com absoluta prioridade (...)’⁹⁷⁰. No âmbito do HC 124.682/SP, o ministro relator Celso de Mello é enfático:

“O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à proteção da criança e do adolescente – ainda mais se considerado em face do dever que incumbe, ao Poder Público, de torná-lo real, mediante concreta efetivação da garantia de assistência integral à criança e ao adolescente

⁹⁶⁶ Cf. GONÇALVES, op. cit.

⁹⁶⁷ Cf. RE 363.889 / DF, Relator: MIN. DIAS TOFFOLI; RE nº 207.732/MS, Relatora a Ministra Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ de 2/8/02).

⁹⁶⁸ RE 363.889 / DF, Relator: MIN. DIAS TOFFOLI

⁹⁶⁹ Cf. HC - HABEAS CORPUS 124.682 SÃO PAULO, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, – Relator Celso de Mello, 2ª turma, p. 5; HC 98.518/RJ; HC 93.784/PI – Relator Min. Carlos Britto, 1ª turma; HC 114469 MC / ES - ESPÍRITO SANTO, MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS, Min. Marco Aurélio.

⁹⁷⁰ HC - HABEAS CORPUS 124.682 SÃO PAULO, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, – Relator Celso de Mello, 2ª turma, p. 5.

(CF, Artigo 227) – não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, um de seus precípuos destinatários.”⁹⁷¹ (grifos nossos)

Merece destaque, também, o paradigmático HC Coletivo 143.641/SP, que, além de ter inaugurado a admissibilidade da coletivização do instrumento do HC no Brasil, garantiu a milhares de mulheres e adolescentes gestantes ou com filhos menores de 12 anos o benefício do cumprimento da sanção provisória de restrição de liberdade em prisão domiciliar, conforme determinado pelo Marco Legal da 1ª Infância, que alterou art. 380 do CPP para se evitar as condições degradantes do sistema prisional tanto para mulheres como para as crianças que em muitos presídios passam seus primeiros dias, meses ou anos de vida cumprindo sentença com suas mães. Em histórica decisão, a 2ª Turma do STF, pela relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, asseverou:

“Por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos.”

Por fim, concluindo que os:

“Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao Artigo 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes.”

Importante notar que a referida decisão acompanha o entendimento orientador da Doutrina da Proteção Integral e melhor explicitado pelo Marco Legal da 1ª Infância, de que uma das mais efetivas formas de se garantir a proteção dos direitos da criança é cuidar de quem cuida delas, no caso suas famílias – em especial, suas mães –, as quais em uma sociedade ainda desigual da perspectiva de gênero, reputa às mulheres a responsabilidade exclusiva do cuidado com as crianças.

⁹⁷¹Idem, p. 6.

Outras decisões advindas de demandas individuais merecem destaque, pois igualmente foram embasadas pela necessidade de se verificar a norma constitucional da absoluta prioridade à proteção da crianças e seus direitos, como no caso de revogação de decisão suspensiva de pensão previdenciária à criança⁹⁷², de recebimento de tratamento médico e acesso a medicamentos⁹⁷³

O ministro Gilmar Mendes, relator em julgamento de SL 263/RJ de 2008 acerca do direito da criança à educação, resume bem a opinião expressa pela Corte Constitucional em seus julgados com relação a necessidade do Estado efetivar a absoluta prioridade dos direitos fundamentais de crianças em suas políticas públicas:

“A Constituição da República, em seu artigo 227, consagra a prioridade absoluta para crianças e adolescentes para efetivação das políticas públicas. O que se extrai dos autos é que correta a decisão proferida, pois se encontram presentes os requisitos necessários ao deferimento do pedido liminar. É notória a insistente omissão do poder público em desobedecer aos preceitos constitucionais concernentes à educação, atitude que provoca sérios prejuízos às crianças e aos adolescentes e, conseqüentemente, à sociedade. Diante deste lamentável quadro, o Poder Judiciário pode e deve intervir, assim que provocado, para garantir aos menores o direito à educação, direito fundamental amparado constitucionalmente. (...) como o artigo referente aos direitos das crianças e dos adolescentes (Artigo 227) possuem comandos normativos voltados para o Estado, conforme destacado acima, consubstanciando o direito ao ensino fundamental obrigatório como direito público subjetivo (art. 208, § 1º), importando seu não-oferecimento ou sua oferta irregular em responsabilidade da

⁹⁷² MS 32181 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 09/07/2013. Cf decisão: “A decisão da Corte de Contas motejou o princípio da proteção especial à criança e ao adolescente, sedimentado no Artigo 227, § 3º, II, da Constituição Federal, que garante à criança, ao adolescente e ao jovem proteção especial do Estado, inclusive no que tange a direitos previdenciários, ‘in litteris’: Art. 227. É dever da família, (...). Ora, o princípio constitucional da proteção especial à criança e ao adolescente é um dos vetores do sistema jurídico, seguido de perto pelas disposições do ECA, de sorte que a norma legal que advogue na contramão das previsões ali exaradas não deve prevalecer, quer pela violação a princípio constitucional, quer pela incompatibilidade com previsão legal vigente mais específica quanto à matéria. Ou, dito de outro modo, qualquer norma que dê margem a dúvidas envolvendo matéria afeta à criança e ao adolescente deve ser interpretada sempre de forma mais benéfica a estes.”

⁹⁷³ MEDICAMENTOS: STA 558 / PR – PARANÁ, SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente), Julgamento: 02/09/2011. Cf. decisão: “Ademais, tendo-se em vista a idade dos portadores das moléstias (Fernando Carvalho Torres – 19 anos e Rhenan Carvalho Torres - 14 anos), devem ser observados os princípios consagrados pelo sistema constitucional de proteção à infância e à juventude (Artigo 227 da CF/88, com redação dada pela EC nº 65/2010), em especial os princípios da absoluta prioridade e da proteção integral.”

autoridade competente (art. 208, § 2º). Nesse sentido, destaca-se a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização desses comandos normativos, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente, em especial do direito ao ensino fundamental.⁹⁷⁴

Entretanto, a Corte Constitucional não se pronunciou somente sobre o dever do Estado de garantir a absoluta prioridade dos direitos fundamentais de crianças. Em importante decisão tanto na medida cautelar como no acórdão da ADI 5.357 MC-REF/DF proposta pela Confenen (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino) do § 1º do art. 28 e do art. 30, *caput*, da Lei 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, especialmente no tocante ao adjetivo “privadas”, que questionava o dever das instituições privadas, como escolas, de cumprirem igualmente o disposto na nova lei, o STF afirmou que:

“o artigo 227 da Lei Fundamental atribui não apenas à família e ao Estado o dever de ‘assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade’, o direito à educação, entre outros, bem como o dever de ‘colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’. Esse dever é imposto também à sociedade, apontada, no preâmbulo da Constituição, como uma ‘sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias’”.⁹⁷⁵

Ainda, segundo jurisprudência do STF, igualmente famílias possuem esse dever, como no julgamento que abordava conflito familiar advindo da guarda filial após divórcio do HC 69.303/MG, segundo o qual:

“as paixões condenáveis dos genitores, decorrentes do término litigioso da sociedade conjugal, não podem envolver os filhos menores, com prejuízo dos valores que lhes são assegurados constitucionalmente. Em idade viabilizadora de razoável compreensão dos conturbados caminhos da vida, assiste-lhes o direito de serem ouvidos e de terem as opiniões consideradas quanto a permanência nesta ou naquela localidade, neste ou naquele meio familiar, alfim e, por consequência, de permanecerem na companhia deste ou daquele ascendente, uma vez inexistam motivos morais que afastem a razoabilidade da definição.

⁹⁷⁴ SL 228 / CE – CEARÁ, SUSPENSÃO DE LIMINAR, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Julgamento: 14/10/2008, Presidente Min. GILMAR MENDES

⁹⁷⁵ ADI 5357 MC-REF / DF, relator: MIN. EDSON FACHIN; Rosa Weber, REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.357 DISTRITO FEDERAL:

Configura constrangimento ilegal a determinação no sentido de, peremptoriamente, como se coisas fossem, voltarem a determinada localidade, objetivando a permanência sob a guarda de um dos pais. O direito a esta não se sobrepe ao dever que o próprio titular tem de preservar a formação do menor, que a letra do artigo 227 da Constituição Federal tem como alvo prioritário.”⁹⁷⁶

Constata-se que, apesar do STF não utilizar expressamente o termo regra para abordar o Artigo 227 – mais pela falta de uniformidade no tratamento de direitos fundamentais do que pelo próprio artigo em si –, está explícito em suas decisões o reconhecimento de que a norma da absoluta prioridade do Artigo 227 é “um dos direitos sociais mais expressivos”⁹⁷⁷, revestindo-se de “alto significado social e irrecusável valor constitucional”⁹⁷⁸, sendo “um dos vetores do sistema jurídico”⁹⁷⁹, consignando “que a Constituição Federal assegura o mais amplo acesso aos direitos de prestação positiva e um particular conjunto normativo-tutelar aos indivíduos em desenvolvimento”⁹⁸⁰, garantindo, assim, a “indiscutível primazia”⁹⁸¹ dos direitos fundamentais da criança em políticas públicas e orçamentárias do Estado e também de instituições e agentes da sociedade e dos núcleos familiares.

Portanto, entende-se que a jurisprudência do STF reforça a compreensão de que a norma da prioridade absoluta deve ser vista como comando normativo forte e vinculante, segundo a qual os direitos fundamentais de crianças devem sempre prevalecer, estabelecendo uma relação de precedência com os direitos de outros indivíduos, o que, conforme visto, permite a flexibilização ou limitação de institutos fundantes de outros ramos do direito, como a própria discricionariedade administrativa no Direito Administrativo ou a coisa julgada em âmbito no Direito Civil de Família.

⁹⁷⁶ HC 69303 / MG - MINAS GERAIS, RELATOR Min. Néri da Silveira, Rel p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, 2a turma

⁹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 639337 AgR/SP, 2ª Turma. DJ 03.02.2006
Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 23.08.2011

⁹⁷⁸ HC - HABEAS CORPUS 124.682 SÃO PAULO, DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, – Relator Celso de Mello, 2a turma, p. 6.

⁹⁷⁹ MS 32181 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 09/07/2013

⁹⁸⁰ HC 114469 MC / ES - ESPÍRITO SANTO, MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS, Min. Marco Aurélio

⁹⁸¹ RE 1101106 A GR / DF, Relator Celso de Mello, 2a turma

3.2.2.3.2. Jurisprudência e aplicação da disposição da absoluta prioridade pelo STJ

Observando a jurisprudência do STJ com relação à disposição da absoluta prioridade⁹⁸², especialmente em função do art. 4º do ECA, que repete o enunciado do Artigo 227 da CF, pode-se constatar igualmente a força e intensidade de proteção que esse instituto garante às crianças, seus direitos e interesses.

Em dois recursos repetitivos, a norma da absoluta prioridade foi utilizada como fundamento para se decidir pelas teses jurídicas de que a criança tem direito à concessão do benefício de pensão por morte de seu mantenedor⁹⁸³ e de que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente⁹⁸⁴.

Contudo, o seu primeiro uso no STJ pode ser constatado no julgamento de um recurso ordinário em *habeas corpus* (RHC 384/RJ) em 6.12.1989, no qual o

⁹⁸² Pesquisa de jurisprudência feita no site do STJ com as seguintes palavras-chave: “absoluta prioridade”, “absoluta prioridade criança”, “absoluta prioridade menor”. E, ainda, com referência a uso de artigos específicos: Artigo 227 da CF e 4º do ECA.

⁹⁸³ REsp 1411258 / RS, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), S1 - Primeira Seção, DJe 21.02.2018: “Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do Artigo 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. (...)Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Artigo 227, caput da Carta Magna).” O referido recurso repetitivo foi feito com base na própria jurisprudência do STJ (AgRg no REsp 1366119-SC, AgRg no AREsp 467933-SP, EDcl no REsp 1277943-PR, AgRg nos EDcl no REsp 901148-MS) e do STF (ARE 804434-PI, ARE 718191-BA, RE 634487-MG, ARE 763778-RS).

⁹⁸⁴ REsp 1265821 / BA, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador S2- SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 14/05/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 04/09/2014: “Os direitos à saúde e à alimentação são garantidos diretamente pelo artigo 227 da Constituição Federal, com prioridade absoluta, de modo que o Ministério Público detém legitimidade para buscar a concretização, pela via judicial, de tais direitos de especial estatura.” O referido recurso repetitivo foi feito com base na própria jurisprudência do STJ (REsp 1269299-BA, AgRg no REsp 1245127-BA, REsp 1113590-MG, AgRg no Ag 1367323-MG, REsp 208429-MG, REsp 1058689-RJ, REsp 493708-SP, REsp 211061-MG, REsp 226686-DF, REsp 5333-SP, AgRg no REsp 1016847-SC, REsp 984078-SC, EREsp 684162-RS) e do STF na ADI 3463.

ministro Jesus Costa Lima, da 5ª Turma, negou provimento ao recurso. Nesse caso, o instituto constitucional da absoluta prioridade foi analisado como forma de evidenciar que “a internação de menor de quatorze anos, que demonstra comportamento desviado e a caminho da marginalização, se encontra autorizada pelo código de menores e não se atrita com o preceito constitucional”⁹⁸⁵.

Posteriormente, a absoluta prioridade foi citada ou utilizada para os seguintes casos: necessidade de realização da notificação dos responsáveis legais para oitiva informal de adolescente em conflito com a lei “da forma mais rápida e eficaz possível”⁹⁸⁶ ou da possibilidade de ação de ofício do juízo para proteção da criança, sem necessidade de exaurimento das instâncias administrativas do Conselho Tutelar⁹⁸⁷, e necessidade de equipe técnica no Ministério Público⁹⁸⁸; para garantia de que o Estado preste serviços de saúde⁹⁸⁹ e medicamentos⁹⁹⁰; para impedir a expulsão de estrangeiro que tenha cometido crime para garantir à criança assistência econômica e afetiva⁹⁹¹; para dirimir conflitos de competência em disputa de guarda⁹⁹² e adoção⁹⁹³, de juízo competente para julgar ato infracional contra bens da União⁹⁹⁴, de juízo para julgar destituição do poder familiar⁹⁹⁵ e outros casos para competência da Vara de Infância e Juventude em casos de

⁹⁸⁵ RHC 384/RJ, DJ 5.2.1990.

⁹⁸⁶ REsp 650564/SC, Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 25.10.2004, p. 384.

⁹⁸⁷ AgRg no REsp 1323470 / SE.

⁹⁸⁸ REsp 1308666 / MG.

⁹⁸⁹ REsp 577836 / SC, Ministro LUIZ FUX (1122); AgRg no REsp 1330012 / RS; AgRg no REsp 1104353 / RS Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 21/10/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 28/02/2005 p. 200 RDDP vol. 26 p. 189: “12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.”; AgRg no REsp 752190 / RS Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 10/10/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 13/11/2006 p. 231;

⁹⁹⁰ REsp 716512 / RS; REsp 1657584 / PE; REsp 1645067 / RS; AgRg no REsp 1068105 / RS; AgRg no AgRg no AREsp 685750 / PB; AgRg no AREsp 556574 / PR

⁹⁹¹ HC nº 31449/DF; HC 38946 / DF, HC 43604 / DF; HC 293634 / DF; HC 90760 / DF

⁹⁹² CC 54084 / PR, Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113), Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento 13/09/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 06/11/2006 p. 299; CC 128698 / MT; CC 151511 / PR

⁹⁹³ CC 54084 / PR

⁹⁹⁴ CC 145166 / MG

⁹⁹⁵ CC 92473 / PE

questões educacionais⁹⁹⁶; em necessidade de fornecimento de vaga em creche⁹⁹⁷ ou escola de educação infantil⁹⁹⁸; para avaliar, nem sempre concedendo, *habeas corpus* para solicitar prisão domiciliar à mulher gestante ou com filho menor de 12 anos de idade⁹⁹⁹; em pensão previdenciária por morte de mantenedor¹⁰⁰⁰, inclusão como dependente¹⁰⁰¹ ou levantamento de seguro de vida pela genitora¹⁰⁰²; no estabelecimento de dano moral coletivo por conteúdo de programa televisivo¹⁰⁰³, da vinculação horária da classificação indicativa¹⁰⁰⁴ ou exposição indevida da imagem de criança¹⁰⁰⁵; para detalhar a prática de “corrupção de menores”¹⁰⁰⁶; para limitação da discricionariedade da administração pública em casos como na necessidade de prever delegados 24 horas para atendimento de adolescentes¹⁰⁰⁷, na construção de unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei¹⁰⁰⁸; para anulação de sentença que determinou internação de adolescente com base em sua confissão e

⁹⁹⁶ REsp 1199587 / SE

⁹⁹⁷ REsp 718203 / SP; REsp 1771912 / PR; REsp 1185474 / SC; REsp 736524 / SP; REsp 440502 / SP; REsp 1551650 / DF: “3. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.” Min. relator Heman Benjamin, 2ª Turma, 19.5.2016; AgRg no AREsp 790767 / MG 4. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei.

⁹⁹⁸ REsp 1651583 / RS; REsp 1365384 / SP

⁹⁹⁹ HC 470549 / TO; HC 456301 / SP; HC 414169 / SP; HC 417665 / MG; HC 356668 / SP; HC 291439 / SP

¹⁰⁰⁰ AgInt no REsp 1386954 / PI; REsp 1428492 / MA; PUIL 67 / RS; REsp 1411258 / RS; AgRg no REsp 1534540 / SC; AgRg no REsp 1550168 / SE; REsp 1339645 / MT; RMS 36034 / MT

¹⁰⁰¹ EDcl no AgInt no REsp 1316633 / PI; AgInt no REsp 1316633 / PI; AgRg no REsp 1282737 / MG

¹⁰⁰² REsp 1131594 / RJ

¹⁰⁰³ REsp 1517973 / PE

¹⁰⁰⁴ MS 14041 / DF

¹⁰⁰⁵ REsp 1442083 / ES

¹⁰⁰⁶ REsp 1680114 / GO

¹⁰⁰⁷ REsp 1612931 / MS; “3. O Artigo 227 da CF/88 dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. 4. A discricionariedade da Administração Pública não é absoluta, sendo certo que os seus desvios podem e devem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe o controle de sua legalidade, bem como dos motivos e da finalidade dos atos praticados sob o seu manto.”

¹⁰⁰⁸ REsp 630765 / SP, Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 23/08/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 12/09/2005 p. 214;

desistência de provas pela defesa, violando o contraditório e ampla defesa¹⁰⁰⁹; e para a prestação pelo Estado de serviços vários, como passagem de transporte para tratamento médico¹⁰¹⁰, prótese auditiva¹⁰¹¹ e suas pilhas¹⁰¹² e tratamento fonoaudiólogo¹⁰¹³.

3.3. Um direito fundamental completo e uma razão de segunda ordem

Considerando a revisão das normas, jurisprudência e doutrina com relação à disposição da absoluta prioridade do Artigo 227 da Constituição e do melhor interesse da criança no art. 3º da CDC/ONU, pode-se verificar claramente o intuito tanto dos constituintes, quanto da comunidade internacional de garantir à criança um tratamento especial e prioritário.

Constatou-se, pela análise das disposições, a existência de um verdadeiro direito da criança em face do Estado e dos agentes privados a ser colocada em primeiro lugar, nas preocupações, decisões e ações de todos eles: o direito fundamental da criança à absoluta prioridade dos seus direitos e melhor interesse.

Como se nota, em função de ambos os direitos serem qualificados com prioridade – ainda que seu conteúdo substancial seja diverso, especialmente na aplicação, como será visto no próximo capítulo –, ambos serão tratados de forma conjunta, como partes complementares de um mesmo direito fundamental à prioridade absoluta.

Cabe, nesse ponto, a análise de quais as dimensões e funções desse direito fundamental, garantindo substancialmente à criança defesa, proteção e promoção

¹⁰⁰⁹ HC 311940 / SP

¹⁰¹⁰ REsp 710594 / RS;

¹⁰¹¹ REsp 700853 / RS;

¹⁰¹² REsp 681012 / RS

¹⁰¹³ AgRg no REsp 752190 / RS

de quais ações ou *status*.

O direito fundamental da criança à absoluta prioridade dos seus direitos e melhor interesse apresenta-se como um direito fundamental conformado por normas de direitos fundamentais de diferentes posições, um verdadeiro feixe complexo de normas, um direito fundamental que pode ser considerado como completo, conforme descrito por Alexy.¹⁰¹⁴

Inicialmente, é importante diferenciar o direito fundamental da criança à prioridade absoluta em sentido amplo e em sentido estrito. Enquanto em sentido amplo, o direito fundamental é justamente essa disposição de natureza completa, formada pela união de um feixe de posições de normas com diferentes funções (defesa, prestação estatal, igualdade e solidariedade); em sentido estrito, refere-se à prioridade fática de estar objetivamente em primeiro lugar nas prestações estatais ou ações positivas do Estado, como na prestação de proteção ou socorro e na formulação ou atendimento das políticas públicas sociais e orçamentárias do Estado, conforme detalhado pelo art. 4º do ECA.

O direito fundamental da criança à prioridade absoluta de seus direitos e melhor interesse, em sentido amplo, é um verdadeiro direito completo, expressando-se por um feixe de todas as funções previstas para os direitos fundamentais: defesa, prestação estatal, igualdade e solidariedade.

Em função da alta significância e valor jurídico, social e político dados a esses direitos pelo próprio Artigo 227, que o classificou a prioridade absoluta, e o art. 3º da CDC/ONU, que determinou o dever e o emprego de todas as ações necessárias para efetivá-lo, pode-se conceber que tal direito possui alta hierarquia em uma escala de valores jurídicos¹⁰¹⁵. Apresenta-se, assim, como uma razão jurídica superior: uma razão de segunda ordem (*second-order reason*)¹⁰¹⁶ que garante à criança um direito fundamental para que em todas as decisões e preocupações do Estado e suas instituições, da sociedade e seus agentes e da família e seus membros, a prioridade da criança, seus direitos e melhor interesse prevaleça.

¹⁰¹⁴ ALEXY, op. cit., p. 249-254.

¹⁰¹⁵ ALEXY, op. cit., p. 154.

¹⁰¹⁶ Cf. RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

Joseph Raz, no desenvolvimento de um raciocínio prático (*practical reasoning*) no âmbito da filosofia do direito, define razões de segunda ordem como “razões para agir ou abster-se de agir de acordo com uma razão”¹⁰¹⁷, ou seja, razões que apresentam uma dimensão superior a outras razões definidas pela autoridade, como as razões de segunda ordem positivas ou as negativas, também chamadas de excludentes, utilizadas para refrear uma ação embasada por determinada razão. Por essa razão superior, a discricionariedade de qualquer tomador de decisão em casos que envolvam crianças é limitada tanto pelos direitos fundamentais já previstos pela legislação à criança quanto pelo instituto do melhor interesse. Nesse sentido, o direito fundamental à absoluta prioridade da criança garante que em qualquer decisão estatal, social ou familiar, a criança esteja em primeiro lugar.

Assim, o direito fundamental completo da criança à absoluta prioridade apresenta-se como um qualificador das crianças em todas as funções dos direitos fundamentais do Artigo 227, garantindo-lhes primeiro lugar na hierarquia dos direitos de: 1. Defesa; 2. prestação ou ação estatal positiva; 3. Igualdade; e 4. solidariedade.

3.3.1. Como direito fundamental de defesa

Como direito fundamental de defesa¹⁰¹⁸, expressa-se como direito em face do Estado, que impede a interferência indevida estatal nas liberdades da criança com absoluta prioridade, especialmente para evitar violências institucionais cometidas por autoridades, como a violência policial em abordagens em ruas ou protestos, violência em instituições estatais de atendimento socioacolhimento ou socioeducativo, violência em processos judiciais pela falta de cuidado e sensibilidade no tratamento e escuta da criança etc.

Esse direito de defesa garante que o Estado, em todas as suas ações, mas especialmente de manutenção da ordem e segurança, seja ainda mais ciente e responsável no uso da força em casos que envolvam crianças, como, por exemplo, em processos de reintegração de posse ou abordagens policiais cotidianas.

¹⁰¹⁷ Tradução livre de: “reasons to act on or refrain from acting on a reason” (RAZ, 1999, 58–99).

¹⁰¹⁸ Conforme item n. 2.3.1 do Capítulo 2 e item n. 3.1.4 do presente Capítulo 3.

Considerando o direito fundamental da criança à prioridade absoluta, as forças policiais e judiciais devem garantir que os direitos e o melhor interesse da criança prevaleçam, impedindo o uso de abordagens violentas ou repressoras, assegurando, por exemplo, que antes de uma reintegração de posse, crianças e suas famílias sejam encaminhadas de forma adequada aos serviços sociais e de moradia social com absoluta prioridade.

A prioridade do melhor interesse da criança pode ser utilizada como norma jurídica para excepcionalizar a aplicação de uma lei existente (conforme já visto no item 3.1.4 do presente capítulo), impedindo que uma intervenção estatal ocorra, como uma reintegração de posse, sem antes ter sido levado em consideração a situação e o encaminhamento de todas as crianças envolvidas no caso concreto.

3.3.2. Como direito de prestação ou ação positiva estatal

O direito fundamental à absoluta prioridade da criança, em seu sentido estrito, garante a ela prestações ou ações positivas estatais em todas as suas dimensões: como direito de proteção, de organização e procedimento, e como direitos sociais.

Como direito de proteção¹⁰¹⁹, estabelece dever do Estado proteger as crianças, seus direitos e melhor interesse contra intervenções de terceiros com absoluta prioridade. Isso significa que o Estado deve empreender ações positivas e protetivas no sentido de evitar que agentes privados cometam qualquer “forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, como ações cometidas por empresas no local de trabalho (como trabalho infantil), no mercado (como publicidade infantil) ou nas comunidades (como exploração sexual ou danos ambientais).

Já como direito de organização e procedimento¹⁰²⁰, a criança em face do Estado tem direito de usufruir de normas procedimentais que garantam sua absoluta prioridade em diferentes situações – como em processos judiciais do direito privado (adoção, disputa de guardas, alimentos etc.), processos administrativos (registro e

¹⁰¹⁹ Conforme item n. 2.2.1 do Capítulo 2 e item n. 3.1.4 do presente Capítulo 3.

¹⁰²⁰ Conforme item n. 2.2.2 do Capítulo 2 e item n. 3.1.4 do presente Capítulo 3.

elaborações de certidões etc.) e qualquer outro processo, como no próprio processo constitucional –, as quais devem sempre levar em consideração os direitos da criança e seu melhor interesse, em primeiro lugar e com seriedade.

Pela função organizacional do direito fundamental à absoluta prioridade, o Estado tem o dever de se organizar antes de qualquer outra preocupação, no sentido de permitir a participação efetiva da criança na elaboração da vontade estatal e em qualquer tomada de decisão que lhe diga respeito. Especificamente, deve garantir o bom funcionamento das Varas de Infância e Juventude (VIJ), com equipes técnicas suficientes e adequadas, com formação adequada de todos os profissionais e por meio do estabelecimento de procedimentos acessíveis, amigáveis e sensíveis às crianças e suas famílias, seus direitos e melhor interesse.

Por fim, o mesmo direito à absoluta prioridade, em seu sentido estrito, se expressa na função de direitos sociais¹⁰²¹ no atendimento, elaboração e execução das políticas sociais, como detalha as alíneas do parágrafo único do art. 4º do ECA. Nessa função, o direito à absoluta prioridade garante à criança em face do Estado que todas as políticas sociais desenvolvidas e executadas pelo Estado ou por entes privados que afetam direta ou indiretamente crianças tenham seus direitos e melhor interesse em primeiro lugar, com primazia para receber proteção e socorro, precedência no atendimento, preferência na formulação e aplicação dessas políticas e privilégio na destinação dos recursos.

3.3.3. Como direito de igualdade

O direito fundamental da criança à absoluta prioridade na função de direitos de igualdade¹⁰²² gera um dever para que o Estado promova o tratamento igualitário com absoluta prioridade tanto entre crianças – por meio de políticas que não selecionem negativamente por gênero, raça, classe ou nacionalidade – quanto entre criança e adultos, por meio de um tratamento que garanta a proteção da criança (direito de ser tratada de forma desigual), para diminuir a desigualdade de força e autonomia e também garantir o direito da criança ao respeito e igualdade de

¹⁰²¹ Conforme item n. 2.2.3 do Capítulo 2.

¹⁰²² Conforme item n. 2.3.3 do Capítulo 2.

seriedade no tratamento de seus direitos, opiniões e melhor interesse com absoluta prioridade.

3.3.4. Como direito de solidariedade

Por fim, há o direito à prioridade absoluta no direito de solidariedade da criança¹⁰²³, pelo qual ela deve ser alvo de uma articulação integral e solidária entre todos os agentes estatais (entes federativos, poderes estatais etc.), sociais (comunidades, escolas, hospitais, empresas, organizações da sociedade civil etc.) e familiares (parentes biológicos e família estendida ou socioafetiva). Por meio do objetivo comum estipulado pelo Artigo 227 –colocar a criança, seus direitos e melhor interesse em primeiro lugar –, o Estado tem o dever de auxiliar e promover essa integração entre todos os atores, os quais compartilham solidariamente esses deveres e responsabilidades para com todas as crianças, independentemente da filiação.

Contudo, para além da determinação dos deveres *prima facie* estatais de ações negativas e positivas para garantia do direito fundamental à absoluta prioridade, o Artigo 227 é ainda mais abrangente. Ele determina expressamente que esse dever é uma obrigação solidária entre o Estado, a sociedade e a família, o que, como já abordado anteriormente no item 2.4 do capítulo 2, pode resultar em consequências pouco usuais na doutrina clássica de direitos fundamentais e humanos, por meio de uma vinculação expressa pela Constituição de atores privados, gerando uma eficácia horizontal ou efeitos diretos de direitos fundamentais de crianças nas relações entre particulares.

Assim, constata-se que por meio da análise do desenvolvimento nas leis, doutrinas e jurisprudências da norma do melhor interesse da criança, determinada no art. 3º da CDC/ONU e incorporada pelo Brasil ao sistema jurídico nacional, e da norma da absoluta prioridade do Artigo 227 da CF, constatou-se a existência para a criança de um direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse.

¹⁰²³ Conforme item n. 2.4.3 do Capítulo 2 e item n. 3.1.4 do presente Capítulo 3.

Tal conclusão é bem expressa no acórdão do STF no âmbito do recurso extraordinário n. 778.889, cujo relator ministro Roberto Barroso, ao analisar o caso da licença-adoptante e garantir repercussão geral, asseverou em seu voto:

"A própria Carta expressa, assim, por meio da palavra 'prioridade', a precedência em abstrato e 'prima facie' dos direitos dos menores, em caso de colisão com outras normas. E o faz por se ter entendido que, em virtude da condição de fragilidade e de vulnerabilidade das crianças, devem elas sujeitar-se a um regime especial de proteção, para que possam se estruturar como pessoas e verdadeiramente exercer a sua autonomia. Por isso, as decisões concernentes às crianças devem buscar atender ao princípio do superior interesse do menor."¹⁰²⁴

Tal direito fundamental apresenta-se como um direito fundamental completo, qualificando a defesa, a proteção e a promoção de todos os direitos fundamentais da criança, em todas as suas dimensões e funções.

Além disso, em função do importante valor dado a esses direitos pelos constituintes e elaboradores dos tratados internacionais, esse direito fundamental é veículo de uma razão de segunda ordem, ou seja, apresenta-se como elemento jurídico de alta hierarquia na escala de valores dentro de um universo discursivo e normativo constitucional.

Contudo, especialmente com as lentes da teoria filosófico-jurídico de direitos fundamentais de Robert Alexy – a teoria dos princípios, da regra da proporcionalidade, do sopesamento e da fórmula do peso –, a hierarquização *a priori* abstrata de direitos fundamentais, como sua classificação expressa como absoluto, traz consequências relevantes na análise estrutural desse direito fundamental e, assim, para sua aplicação e argumentação prática em casos concretos.

Diferentemente de outros direitos absolutos previstos em textos normativos pelo mundo – como a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana na Constituição alemã ou a proibição absoluta da tortura ou escravidão nos Tratados internacionais –, a norma do Artigo 227 apresenta não somente um direito subjetivo absoluto à prioridade na proteção contra o afastamento de uma violação, gerando

¹⁰²⁴ STF, Acórdão, REsp 778.889/PE, Relator Min. Roberto Barroso, item 14, p. 9.

uma reação negativa por parte do Estado. A disposição da absoluta prioridade do Artigo 227 apresenta-se como verdadeiro direito fundamental de natureza completa, por meio de uma multifacetada e complexa união de um feixe de posições de normas com diferentes conteúdos e diferentes estruturas.¹⁰²⁵

Nesse sentido, cabe uma importante pergunta, a qual será observada no próximo capítulo: qual a interpretação constitucional que pode ser feita à qualificação de garantia absolutamente prioritária dos direitos fundamentais e do melhor interesse de crianças pelo Estado, seus agentes e instituições, pela sociedade, suas comunidades, organizações e pessoas, e pelas famílias, pais, responsáveis e membros extensos?

Ainda, a teoria dos princípios de Robert Alexy recepciona um direito fundamental expressamente considerado absoluto por um texto constitucional?

¹⁰²⁵ ALEXY, op. cit., p. 249-254.

4. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA: UM DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Por meio análise do processo histórico dos primeiros capítulos da presente tese, ficou registrado o tortuoso caminho pelo qual o Direito relativo às crianças e aos seus interesses foram se especializando e galgando os degraus na hierarquia do sistema jurídico nacional até chegar às normas constitucionais e, especialmente, no texto do Artigo 227 da Constituição de 1988.

Fruto de um verdadeiro e intenso movimento social por sua inclusão e aprovação durante a Assembleia Constituinte, típico de um verdadeiro constitucionalismo transformador¹⁰²⁶ da realidade das crianças brasileiras, o Artigo 227 positivou os anseios sociais de mudanças das políticas de atendimento às crianças até então vigentes, inclusive no então radical reconhecimento e afirmação de que todas as crianças são titulares de direitos fundamentais, independentemente se :menores abandonados ou delinquentes”, em “situação irregular” ou qualquer outra qualificação que se possa classificar.

Crianças, segundo a Constituição de 1988, foram transformadas, ainda que inicialmente somente no texto constitucional, em sujeitos de direitos e mercedoras de proteção integral, não mais objetos exclusivos de posse das famílias ou foco de intervenção estatal “salvacionista” ou “assistencialista”.

¹⁰²⁶ O constitucionalismo transformador é um movimento pela positivação em textos constitucionais e aplicação por parte dos intérpretes jurisdicionais de metas ou níveis de organização do Estado, da sociedade e dos direitos individuais ou coletivos como forma de fomentar a transformação da realidade social e política. Apresenta-se como um processo de constitucionalização voltado à transformação da realidade, especialmente para o fortalecimento e integral realização da Democracia, do Estado de Direito e dos Direitos Humanos. Na América Latina, dois elementos estariam como centrais na agenda: (i) o enfrentamento das profundas e estruturais deficiências dos países e suas instituições e (ii) a situação de vida e exclusão de grande parte da população e dos chamados grupos vulneráveis (cf. VON BOGDANDY, Armin; MAC GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. *Ius constitutionale commune en América Latina: A regional approach to transformative constitutionalism*. **Publisher Heidelberg**: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 28 out. 2016, p. 4).

Se, por um lado, a constitucionalização dos interesses das crianças e seus direitos – ou seja, o processo de inclusão no texto constitucional de normas específicas às crianças e seus interesses – pode ser vista como uma comemorada e transformadora conquista alcançada por uma ação política e uma “luta por reconhecimento”¹⁰²⁷ de diferentes atores da sociedade, como organizações da sociedade civil, ativistas e especialistas na infância, mediada pelo Congresso Nacional e outros agentes institucionais, por outro lado, a simples positivação em direitos fundamentais desses interesses no sistema jurídico não compreende, necessariamente, a sua efetividade na realidade do mundo da vida¹⁰²⁸, como a devida aplicação dos dispositivos por uma comunidade de interpretação jurídica plural¹⁰²⁹ ou, ainda, sua realização por meio de políticas públicas e provisões orçamentárias.

Pela realidade e situação da criança na sociedade brasileira¹⁰³⁰, constata-se que os direitos de crianças, inclusive aqueles já previstos na Constituição e sua rede complexa de normas, ainda não são levados a sério.

Um dos problemas dessa cisão entre o mundo da vida das milhões de crianças e o sistema jurídico que prevê extensamente seus direitos, é de ordem

¹⁰²⁷ Axel Honneth, propositor da teoria da luta do reconhecimento como processo do conflito social, compreendido em três esferas – o direito, a solidariedade e o amor –, com dimensões e expressões na linguagem e na experiência corpórea social (Cf. HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung**: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte. Suhrkamp, 2010).

¹⁰²⁸ Jürgen Habermas, em sua Teoria da Ação Comunicativa, entende o “sistema” como uma situação predefinida em limites legais, como em mercados ou burocracias, em que a ação comunicativa é fraca, orientada a interesses individuais baseados no poder institucional ou financeiro, pondo em risco os básicos pedidos de validação (*Verständlichkeit, Wahrheit, Wahrhaftigkeit e Richtigkeit*). Já o mundo da vida é um domínio em que modelos ação coordenada orientada ao consenso predominam, como contexto e dimensões da ação social que possibilitam agentes cooperarem com base no entendimento mútuo, como o compartilhamento de signos e valores culturais ou estruturas de personalidade moldadas nas famílias, escolas e outros espaços comunitários (HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo**. 2 vol. Tradução de Paulo Soethe e Flávio Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012).

¹⁰²⁹ Cf. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

¹⁰³⁰ Cf. relatórios da Unicef, a situação da infância e adolescência no Brasil encontra uma série de desafios e violações de seus direitos, cf.: UNICEF. **Situação da Infância e da Adolescência Brasileira**, 2009; UNICEF. **Situação dos Adolescentes no Brasil**, 2011; UNICEF. **Crianças em um mundo urbano**, 2012; UNICEF. **Pobreza na Infância e na Adolescência**, 2018.

comunicacional, da falta de um “agir comunicativo forte”¹⁰³¹, de um diálogo orientado ao consenso baseado em uma racionalidade, e não em uma “razão instrumental”, de linguagem e signos compartilhados entre uma comunidade de intérpretes que facilitem as bases sobre as quais se constroem a verdadeira ação transformadora, de uma ação comunicativa para se chegar a acordos ou pactos sociais e políticos para o efetivo respeito, proteção, promoção e satisfação dos direitos humanos e fundamentais.

Mesmo que tais relações comunicativas sejam permeadas por dinâmicas sociais relacionadas ao conflito social e constrangidas por estruturas de desigualdades sociais e políticas, os direitos fundamentais são instrumentos – ainda que incompletos e, muitas vezes, ineficientes – para a luta pelo reconhecimento¹⁰³² e redistribuição socioeconômica¹⁰³³ em um Estado Democrático Constitucional de Direito.¹⁰³⁴

Nesse sentido, cabe, no presente capítulo, um movimento outro: o de análise e investigação da interpretação constitucional dada aos direitos fundamentais previstos no Artigo 227, especialmente com foco na norma da absoluta prioridade dos direitos e do melhor interesse da criança e na forma pela qual pode se dar sua aplicação em casos concretos.

Parte-se da hipótese de que a teoria dos princípios de Alexy pode recepcionar, por meio do modelo de duplo aspecto da natureza de direitos fundamentais, aqueles direitos considerados expressamente absolutos pelos textos normativos e por vontade soberana de uma comunidade de pessoas e valores, como a dignidade da pessoa humana na Constituição alemã, o direito de não ser torturado

¹⁰³¹ Habermas propõe que agentes comunicativos coordenem suas ações e objetivos baseados na criação de um entendimento compartilhado, ou acordo de que os objetivos são razoáveis e dignos de mérito por meio de uma afirmação positiva e comum, mas sempre aberta à crítica e justificação. Cf. HABERMAS, *Teoria do agir comunicativo*, 2012, op. cit.; e, também, HABERMAS, J. **Some Further Clarifications of the Concept of Communicative Rationality**, 1996. In: HABERMAS, J. *On the Pragmatics of Communication*. Edited by Maeve Cooke. Cambridge: The MIT Press, 1998, p. 307.)

¹⁰³² Cf. HONNETH, 2003, op. cit.

¹⁰³³ Cf. FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a ‘postsocialist’ age”. In: SEIDMAN, S.; ALEXANDER, J. (Orgs.). **The new social theory reader**. Londres: Routledge, 2011, p. 285-293.

¹⁰³⁴ Cf. HABERMAS, J. **Direito e democracia**. 2 vol. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ou escravizado nos Tratados internacionais e, ainda, o direito da criança à absoluta prioridade na Constituição brasileira.

Nesse sentido, é proposto como hipótese a ideia de que o direito fundamental da criança à prioridade de seus direitos e melhor interesse é absoluto *prima facie*, baseado no entendimento de duplo aspecto do direito fundamental (regra e princípio) e aplicado por meio de uma precedência rígida das regras sobre os princípios, cujo sopesamento é a *ultima ratio*, ocorrendo inicialmente no universo discursivo e normativo da própria criança.

Com o desenvolvimento dessas hipóteses, há o intuito de firmar bases teóricas mais sólidas para uma ação comunicativa forte, tanto para o entendimento e sistematização dos conceitos nos dispositivos constitucionais do Artigo 227 e sua fundamentação jurídica nos processos decisórios¹⁰³⁵, orientados ao consenso por parte da comunidade de intérpretes nas justificações e deliberações judiciais, como também para garantir maior efetividade ao já disposto, pela execução de políticas públicas ou na reformulação das já existentes pelo crivo constitucional.

Como afirmou António Menezes Cordeiro, “a verdadeira defesa das pessoas tem de conseguir-se através de uma análise cuidada dos problemas e de uma dogmática aperfeiçoada”¹⁰³⁶. Busca-se, nesse sentido, inserção nas discussões sobre a dogmática dos direitos fundamentais aplicada aos direitos de crianças, especialmente – mas não só – atrelada à teoria dos direitos fundamentais apresentada por Robert Alexy pela teoria dos princípios.

4.1. Interpretação constitucional de Direitos Fundamentais e a Teoria dos Princípios

A interpretação constitucional é tema amplamente estudado e debatido no âmbito dos estudos constitucionais, como forma de “compreender, investigar e

¹⁰³⁵ Alexy, buscando uma aproximação da teoria discursiva prática proposta por Habermas, esclarece que a argumentação jurídica é “a constatação de que, no limite, a fundamentação jurídica sempre diz respeito a questões práticas, ou seja, àquilo que é obrigatório, proibido e permitido. O discurso jurídico é, por isso, um caso especial do discurso prático geral”.

¹⁰³⁶ António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, I – Parte geral, tomo III – Pessoas, exercício jurídico, 2.^a pré-edição, Coimbra, 2002, p. 27.

mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional”¹⁰³⁷, com o objetivo de se chegar a “uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente”¹⁰³⁸.

Porém, como assevera Luís Roberto Barroso, ministro do STF, ao dividir a interpretação em três planos (dogmático, metodológico e justificação política ou democrática), essa prática não se resume estritamente a fenômenos tipicamente jurídicos:

“A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. Ideias como interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação pragmática inserem-se nessa ordem de considerações.”¹⁰³⁹

Peter Häberle¹⁰⁴⁰ propõe três grandes questões essenciais com relação a interpretação constitucional: (i) suas tarefas e objetivos (ou os princípios na linguagem de Konrad Hesse¹⁰⁴¹); (ii) seus métodos; e (iii) sua comunidade de intérpretes.

Com relação às tarefas e objetivos de uma interpretação constitucional, são várias as mencionadas por Häberle, como: justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, segurança jurídica, previsibilidade, transparência, capacidade de consenso, clareza metodológica, abertura, formação de unidade, harmonização, força normativa da Constituição, correção funcional, proteção efetiva da liberdade, igualdade social, ordem pública voltada para o bem comum e proporcionalidade.¹⁰⁴²

Virgílio Afonso da Silva, analisando os princípios propostos por Konrad

¹⁰³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 205-214.

¹⁰³⁸ *Ibid.*, p. 1.200.

¹⁰³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 273.

¹⁰⁴⁰ HÄBERLE, op. cit., p. 11.

¹⁰⁴¹ Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20 auflage, C.F. Müller, 1999.

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 11.

Hesse¹⁰⁴³ e expressando crítica didante de sua utilidade no esforço interpretativo, compartilha do entendimento de que eles

“não desempenham papel relevante na interpretação constitucional (...). Em linhas gerais, a irrelevância desses princípios é revelada quando se percebe que alguns deles em nada se diferenciam dos cânones tradicionais de interpretação. Mas a irrelevância pode basear-se também na impossibilidade de aplicação desses princípios em conjunto com outras práticas ou métodos de interpretação constitucional.”¹⁰⁴⁴

Compartilhando desse entendimento, faz-se necessário compreender os métodos de interpretação constitucional, um tema controverso entre constitucionalistas.¹⁰⁴⁵ Nesse âmbito, destaca-se na formulação clássica de Friedrich Carl von Savigny¹⁰⁴⁶, que estabeleceu como cânone tradicional de interpretação o método gramatical, histórico, sistemático e teleológico de atribuição de sentido aos textos normativos constitucionais. Pelo desenvolvimento das teorias constitucionais, especialmente no continente europeu, novas propostas foram sendo feitas, como: o método tópico-problemático, focado na busca de respostas para resolução de problemas concretos; o científico-realista, pelo qual o Estado e a Constituição são fenômenos reais da cultura e dos valores compartilhados e integrados em uma comunidade; e o hermenêutico concretizador, que centraliza no papel do intérprete na análise, *nos fatores reais do poder* e na força normativa, de *dever-se*, da Constituição.¹⁰⁴⁷

Essa profusão de princípios e métodos de interpretação possibilita uma visão predominante, expressa também por Barroso, de que os métodos constitucionais de interpretação não seriam excludentes entre si, mas

¹⁰⁴³ Unidade da constituição, ausência de hierarquia, proibição de interpretação isolada, concordância prática, conformidade funcional, efeito integrador, máxima efetividade, força normativa da Constituição e interpretação conforme.

¹⁰⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico**, p. 121. In: SILVA, Virgílio (orgs.), *Interpretação constitucional*. Coleção teoria e direito publico. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁰⁴⁵ Catonilho afirma que encontrar um “método justo” para interpretação constitucional é uma das tarefas mais complexas, controversas e difíceis da “moderna doutrina juspublicística”, (cf. CANOTILHO, 2003. p. 2.011).

¹⁰⁴⁶ BARROSO, 2018, p. 290.

¹⁰⁴⁷ Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik**. München: Neue juristische Wochenschrift, 1976.

complementares, não havendo, portanto, critérios absolutos de interpretação.¹⁰⁴⁸ Contrário a essa posição, que pode ser chamada de sincretismo metodológico, Silva repudia a mistura de teorias incompatíveis, com fórmulas vazias e sem contato com a realidade, o que geraria um efeito nocivo e impediria o avanço dos debates acerca da interpretação constitucional.¹⁰⁴⁹

Defendendo a o desenvolvimento de uma teoria constitucional brasileira, Silva entende que a discussão de uma interpretação constitucional não pode se limitar a uma exclusiva análise de métodos sem o desenvolvimento de uma base compartilhada de teoria constitucional, por meio de uma verdadeira “discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direitos constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução história dos institutos constitucionais brasileiros”.¹⁰⁵⁰

Tal proposta, da qual se compartilha o entendimento, encontra-se em consonância com uma visão realista da produção normativa em uma sociedade – tanto na elaboração no processo legislativo como na aplicação das normas pela atividade jurisdicional –, um processo permeado por fenômenos de disputas político-institucionais e lutas sociais entre grupos de interesse e pressão, ainda que mediados pelo próprio Parlamento ou, até mesmo, pelo Judiciário no âmbito de suas decisões e políticas judiciais.

Como leitura crítica dos fenômenos de criação das normas, sua interpretação e aplicação, destaca-se aquelas que buscam categorias de análise para os conflitos sociais subjacentes a essas práticas de interpretação, especialmente para o presente trabalho, as teorias da luta social por reconhecimento de Axel Honneth¹⁰⁵¹ e da disputa por distribuição de riquezas de Nancy Fraser¹⁰⁵², cujo

¹⁰⁴⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 462.

¹⁰⁴⁹ SILVA, V., 2005, op. cit., p. 141.

¹⁰⁵⁰ Ibid., p. 143.

¹⁰⁵¹ Cf. HONNETH, A. **Luta por reconhecimento: A gramática dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

¹⁰⁵² Cf. FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange**. Londres; Nova Iorque: Verso, 2003. Durante muito tempo Fraser defendeu uma oposição à ideia proposta por Honneth de reconhecimento pela ideia de redistribuição, entendendo que as lutas por reconhecimento não abordavam diretamente os problemas estruturais de desigualdades materiais, de renda, propriedade e de acesso ao trabalho.

esforço de demonstrar que sistema legais possuem como contexto conflitos sociais e estruturas socioeconômicas, fundamentais para a compreensão das relações entre direito, política e sociedade e essenciais para a presente tese.

Em um plano ainda mais pormenorizado da realidade subjetiva dos tomadores de decisão, destaca-se a crítica realizada pela psicologia nos estudos do comportamento judicial, dos processos decisórios estratégicos e do funcionamento das instituições judiciais políticas nos Estados Unidos, especialmente fomentada pela Faculdade de Direito de Yale, com base na análise do processo decisório jurisdicional, para verificação de como as decisões judiciais, inclusive constitucionais, são permeadas por dinâmicas subjetivas e coletivas conscientes e inconscientes, como, por exemplo, o predomínio de dinâmicas internas, como preconceitos ou enviesamentos ideológicos, morais ou político-partidários (*judicial bias*).¹⁰⁵³

Por isso, especialmente para a presente tese, é importante destacar uma das questões essenciais apontadas por Häberle na tarefa de interpretação constitucional: a comunidade de intérpretes. Ao contrário de uma teoria de interpretação constitucional baseada em um modelo de “sociedade fechada”, que concentra a análise da interpretação constitucional em juízes e nos procedimentos formalizados, Häberle defende que o processo de interpretação constitucional deve ser aberto, incorporando outras ciências sociais e métodos voltados para o interesse público e bem comum, e no qual estão presentes “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.”¹⁰⁵⁴

Owen Fiss, defendendo que o processo de decisão judicial é um processo de interpretação, também ressalta a importância da comunidade de interpretação inclusive para a força autoritativa das regras:

Contudo, a mesma autora veio posteriormente demonstrar a importância de uma abordagem conjunta entre reconhecimento e redistribuição, considerando especialmente as relações estruturais em demandas por reconhecimento de grupos historicamente e estruturalmente marginalizados, como negros e mulheres. Sobre isso ver: FRASER In: SEIDMAN, 2001, p. 285-293.

¹⁰⁵³Cf. WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory. **The Oxford Handbook of Law and Politics**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

¹⁰⁵⁴HÄBERLE, op. cit., p. 13.

“As regras não são regras, a menos que sejam autoritativas, e essa autoridade só pode ser conferida por uma comunidade. Conseqüentemente, as regras disciplinadoras que governam uma atividade interpretativa devem ser vistas como definindo ou demarcando uma comunidade interpretativa consistindo daqueles que reconhecem as regras como autoritativas. Isso significa, acima de tudo, que a qualidade objetiva da interpretação é vinculada, limitada ou relativa. Ela é vinculada pela existência de uma comunidade que reconhece e adere às regras disciplinadoras usadas pelo intérprete e que é definida por seu reconhecimento. dessas regras.”¹⁰⁵⁵

Esse ponto será de especial importância na análise da aplicação da regra de proporcionalidade por sopesamento para aferição do melhor interesse da criança em um caso concreto, na qual será defendido que esse sopesamento seja realizado por uma comunidade de intérpretes ampla e plural, permeável à participação direta de todos afetados¹⁰⁵⁶, inclusive a criança e sua família, pelo exercício de um direito de participação na tomada de decisão do caso concreto, em especial para determinação dos pesos abstratos envolvidos no caso, por meio do desenvolvimento de métodos e processos deliberativos mais acessíveis, sensíveis e amigáveis e, assim, mais justos e democráticos.

Todavia, a natureza política, subjetiva e plural de uma interpretação constitucional em um caso concreto, não exclui a possibilidade – ou necessidade em um Estado Democrático de Direito – do uso de métodos lógicos e racionais para fundamentação das decisões e resolução dos conflitos, pelo estabelecimento um ônus argumentativo forte e responsável. A necessidade de uma justificativa lógica e racional é considerada por muitos – como Habermas, Dworkin e o próprio Alexy –

¹⁰⁵⁵ Tradução livre de: “Rules are not rules unless they are authoritative, and that authority can only be conferred by a community. Accordingly, the disciplining rules that govern an interpretive activity must be seen as defining or demarcating an interpretive community consisting of those who recognize the rules as authoritative. This means, above all else, that the objective quality of interpretation is bounded, limited, or relative.¹² It is bounded by the existence of a community that recognizes and adheres to the disciplining rules used by the interpreter and that is defined by its recognition of those rules.” (FISS, 1982, p. 745).

¹⁰⁵⁶ Habermas analisa o princípio “todos afetados” (*all-affected principle*) como uma das bases da justificação e validade das normas e decisões em uma democracia, considerando que uma decisão só será democrática se todos afetados por ela participem da tomada de decisão, cf.: HABERMAS, J. (1996) *Between Facts and Norms*, trans. W. Rehg. Cambridge MA: Polity Press; HABERMAS, J. (1998) *The Inclusion of the Other*, ed. C. Cronin and P. De Greiff. Cambridge MA: MIT Press; HABERMAS, J. (2001) ‘Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?’, *Political Theory*, 29 (6), 766–81.

uma das bases fundantes do próprio Direito e do Estado democrático.

Reiner Forst detalha essa visão de forma exemplar, propondo que a justificação – elemento central da Justiça e oposta diretamente à arbitrariedade na sua concepção – é *o direito dos direitos* das normas materiais ou processuais, pelo qual a própria democracia e os direitos humanos são derivados. Ele entende que não é somente a privação de um direito que deve ser considerada uma violação injusta, mas também a impossibilidade de participar nas decisões sobre esses direitos.¹⁰⁵⁷

Contudo, o estabelecimento de uma forma racional de fundamentação não é algo trivial, sendo ainda mais desafiadora para casos complexos e difíceis (*hard cases*), muitos deles envolvendo os direitos das crianças, quando o intérprete necessita de diversas ferramentas para análise do caso concreto, para uma elaboração lógica, convincente e fundamentada de sua decisão.

Tal problema foi identificado e desenvolvido por Ronald Dworkin em sua célebre obra *Levando os Direitos a Sério (Taking Rights Seriously)*¹⁰⁵⁸, que propôs uma divisão entre regras e princípios, dividindo os princípios em duas categorias: os que fundamentam uma decisão com base em política e aqueles advindos de um sistema jurídico.¹⁰⁵⁹

Nesse mesmo sentido, a interpretação de direitos fundamentais em uma Constituição traz os mesmos problemas ou desafios *hercúleos*¹⁰⁶⁰ para o intérprete das disposições normativas.

Como, então, realizar uma devida interpretação constitucional e fundamentação racional das decisões de casos concretos envolvendo a restrição ou conflito de direitos fundamentais de crianças, como aqueles contidos nas disposições do Artigo 227 da Constituição de 1988, em especial o direito da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse?

¹⁰⁵⁷ FORST, R. **Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse: Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik**. Berlin: Suhrkamp, 2011, p. 40; e FORST, R. **Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007, p. 32-34.

¹⁰⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 563.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 82

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 116-117.

4.1.1. Interpretação de direitos fundamentais e justificação decisória

Uma interpretação de direitos fundamentais deve partir de uma teoria de direitos fundamentais, a qual pode ser caracterizada como "uma concepção sistematicamente orientada sobre a natureza geral, do objetivo normativo e alcance textual temático dos direitos fundamentais".¹⁰⁶¹ Uma teoria de direitos fundamentais tem como função não apenas de deixar a interpretação dos dispositivos a uma técnica jurídica baseada em regras legais detalhadas, mas também de integrá-las ao contexto geral de uma concepção bem fundamentada de Estado e de uma teoria constitucional¹⁰⁶².

Conforme classificado por Ernst-Wolfgang Böckenförde, jurista e juiz na Corte Constitucional Alemã de 1983 a 1996, as principais teorias clássicas de direitos fundamentais podem ser divididas nos seguintes ramos: (i) a teoria liberal, com foco nas liberdades individuais e o direito do indivíduo de afastar a interferência do Estado (*Abwehrrecht*), com John Locke e Carl Schmitt como um dos grandes teóricos¹⁰⁶³; (ii) a teoria institucional, segundo a qual os direitos fundamentais teriam natureza de princípios ordenadores (*Ordnungsprinzipien*) objetivos e institucionalmente normativos para a proteção de esferas da vida¹⁰⁶⁴; (iii) a teoria dos valores, com base no pensamento integracionista estatal de Rudolf Smend¹⁰⁶⁵, pela qual os direitos fundamentais são elementos e meios da constituição estatal como ser social integrador da comunidade de experiência, cultura e valores¹⁰⁶⁶; (iv) a teoria democrático-funcional, cujo ponto central é o entendimento dos direitos fundamentais como fatores constitutivos de processos

¹⁰⁶¹ Tradução livre de "eine systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte", cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, 1974 (AUGSBERG; UNGER, 2012, p. 16).

¹⁰⁶² AUGSBERG; UNGER, 2012, p. 16.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 18-21.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, p. 22-25; Cf. também desenvolvido por HÄBERLE, Peter. **Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**, Müller, 1998;

¹⁰⁶⁵ SMEND, Rudolf. **Verfassung und Verfassungsrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.; e SMEND, Rudolf. **Staatsrechtliche Abhandlungen**. Berlin: Duncker & Humblot, 1955.

¹⁰⁶⁶ Cf. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 26-28.

democráticos, com ênfase em suas funções públicas e políticas¹⁰⁶⁷; e (v) a teoria do estado social, por meio da qual os direitos fundamentais contribuiriam não exclusivamente para a proteção individual, mas para o desenvolvimento de toda a comunidade social, substituindo a predominância da autossuficiência individual por benefícios e serviços sociais na vida e relações sociais.¹⁰⁶⁸

Com o desenvolvimento dos Estados, suas instituições e seu papel positivo nas sociedades, as próprias Constituições começaram a reconhecer valores normativos objetivos aos direitos fundamentais, como a Constituição alemã, que em seu artigo 1º, item 3, estabelece que “os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. Como resultado disso, a teoria dos direitos fundamentais fica cada vez mais vinculada à normatividade da própria Constituição e à jurisprudência das cortes constitucionais¹⁰⁶⁹, como os casos da corte constitucional alemã *Elfes-Urteil*, de 1933¹⁰⁷⁰, *Apotheken-Urteil*, de 1958¹⁰⁷¹, *Lüth-Urteil*, de 1958¹⁰⁷², e o *Reiten im Walde*, de 1989¹⁰⁷³.

Baseados neste desenvolvimento, teóricos como Jürgen Habermas, Robert Alexy, Niklas Luhmann, Karl-Heinz Ladeur, Wolfgang Hoffmann-Riem e Wolfgang Kahl iniciaram o desenvolvimento de teorias modernas de direitos fundamentais baseadas nas relações normativas almejadas e estabelecidas pela própria Constituição.

Habermas, por exemplo, no desenvolvimento da sua concepção discursiva do direito e da democracia¹⁰⁷⁴, entende direitos fundamentais de forma dual, não só como normas morais, mas também como normas legais com validade e legitimidade, as quais seriam o núcleo de sistema de direitos sobre o qual o princípio da Democracia se assenta¹⁰⁷⁵, pois permitem um forte agir comunicativo e

¹⁰⁶⁷ Ibid., p. 28-31.

¹⁰⁶⁸ Ibid., p. 31-33.

¹⁰⁶⁹ AUGSBERG; UNGER, op. cit., p. 235.

¹⁰⁷⁰ BVerfGE 6, 32 pp. (1 BvR 253/56)

¹⁰⁷¹ BVerfGE 7, 377 pp. (1 BvR 596/56)

¹⁰⁷² BVerfGE 7, 198 (1 BvR 400/51)

¹⁰⁷³ BVerfGE 80, 137 pp. (1 BvR 921/85)

¹⁰⁷⁴ Cf. HABERMAS, 1997, op. cit.

¹⁰⁷⁵ Idem, p. 155.

ações coordenadas para transformação da realidade social e resolução de seus problemas e conflitos, orientadas por um consenso baseado em uma linguagem comum.¹⁰⁷⁶

Contudo, mesmo diante do consenso sobre a normatividade constitucional para atribuição do caráter vinculante dos direitos fundamentais, a doutrina e jurisprudência sempre enfrentaram problemas para apresentar uma justificação decisória racional por meio de uma teoria dogmática crível de direitos fundamentais, para além de argumentos jusnaturalistas ou com base exclusiva na autoridade da Constituição ou das instituições ou normas democráticas que são produzidas legitimadamente por procedimentos jurídicos (legitimação pelo direito).

Faz-se, portanto, necessário o desenvolvimento de uma racionalidade lógica com vistas a um discurso prático e decisão com forte agir comunicativo de questões envolvendo direitos fundamentais, especialmente quando em conflito ou mediante a restrição por ação do Estado legitimada constitucionalmente.

Segundo a dogmática dos direitos fundamentais predominante até, ao menos, a primeira metade do século XX, especialmente o jusnaturalismo e algumas correntes do positivismo jurídico, direitos fundamentais seriam irrestritivos. Nesse sentido, como então conceber racionalmente e garantir uma fundamentação jurídica adequada às limitações realizadas aos direitos fundamentais pela realidade cotidiana da vida em sociedade e das decisões jurisprudenciais validadas democraticamente pelas instituições do Estado?

4.1.2. Teoria dos Princípios de Robert Alexy

Uma das respostas mais contundentes e sólidas para a pergunta final do item anterior foi desenvolvida por Robert Alexy¹⁰⁷⁷, jurista e filósofo alemão, professor da Universidade de Kiel, cuja teoria de direitos fundamentais e seu método de aplicação pela regra da proporcionalidade e sopesamento serão adotados para os

¹⁰⁷⁶ Ver introdução Habermas, 2012.

¹⁰⁷⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. (5a ed. alemã ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp Verlag, 1986).

meios e fins da presente tese.

Conhecida por *teoria dos princípios*, a teoria filosófico-jurídica de Alexy é vista hoje como um dos grandes instrumentos (“*very powerful rational instrument*”¹⁰⁷⁸), uma estrutura analítica¹⁰⁷⁹ ou até mesmo um sistema de direito¹⁰⁸⁰, particularmente quando aplicada aos direitos fundamentais, para análise estrutural e justificação decisória racional em casos concretos que envolvam conflitos entre eles.

Apesar do próprio Alexy, ao examinar os direitos fundamentais da Lei Fundamental alemã, entender que não se trata de um método interpretativo dos direitos fundamentais, mas relativo à sua própria estrutura jurídica e sua relação necessária, e não contingencial, com a proporcionalidade¹⁰⁸¹, a proposição da sua teoria aplicada aos direitos fundamentais apresenta sólido sistema dogmático para justificação racional das decisões envolvendo direitos fundamentais; um discurso jurídico prático para uma análise estrutural dos direitos fundamentais e resolução de casos concretos.¹⁰⁸²

Para a aplicação da regra da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) por sopesamento (ou uma verdadeira teoria do sopesamento, *Theorie der Abwägung*¹⁰⁸³) dos direitos fundamentais colidentes em um caso concreto, os direitos fundamentais são concebidos como princípios e, por isso, mandamentos de otimização, com pesos diversos conforme o caso concreto de aplicação.

A teoria dos princípios de Alexy parte de uma separação qualitativa das normas entre *regras e princípios*, influenciada tanto pela separação proposta por Dworkin e sua crítica ao positivismo jurídico na sua incapacidade de fundamentar

¹⁰⁷⁸ BOROWSKI, M. **Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of the European Union**, *Legisprudence* 1, 2007, 1:2, 197-240, p. 323.

¹⁰⁷⁹ Cf. KUMM, Matthias. **Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice**, 2 *INT’L J. CONST. L. N.* 574, 2004.

¹⁰⁸⁰ Cf. KLATT, Mathias. **Robert Alex’s Philosophy of Law as System**. Institutionalized Reason. Oxford University Press 2012.

¹⁰⁸¹ Cf. ALEXY, R. **Constitutional Rights and Proportionality**. *Revus* [Online], 22 (2014), Online since, 2014. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/revus/2783>>.

¹⁰⁸² ALEXY, 2015, op. cit., p. 548.

¹⁰⁸³ Cf. KLATT, 2012, op. cit., p. 8.

casos complexos que não apresentem regra jurídica aplicável, como pela tentativa de aproximação da teoria discursiva do direito de Habermas¹⁰⁸⁴ – todos apoiados em uma lógica de racionalização do direito e da necessidade de fundamentação e justificação das decisões judiciais, nas quais a Constituição escrita e sua jurisprudência seriam a base e o ponto de partida para uma lógica-discursiva de direitos fundamentais¹⁰⁸⁵.

Enquanto regras são normas de caráter definitivo (*comandos definitivos*), as quais, se válidas e se preenchidas as condições dispostas, são aplicadas por subsunção, princípios são *mandamentos de otimização* e, por isso, realizados “na medida do possível, dadas as possibilidades legais e factuais”¹⁰⁸⁶.

Por meio desse entendimento, todos os direitos fundamentais – aqueles considerados como direitos dispostos de tal forma na Constituição –, inclusive os de crianças, seriam princípios (mas nem todo princípio é um direito fundamental), em função da possibilidade fática de eles serem legal e legitimamente restringidos e de colidirem com outros princípios, cuja resolução se dá pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, ou seja, na fixação de quais as condições em que um princípio tem precedência sobre o outros.¹⁰⁸⁷

Contudo, importante destacar que um direito fundamental comporta em seu

¹⁰⁸⁴ Habermas buscando analisar como o direito moderno pode obter legitimidade depois do colapso das visões de mundo metafísicas e religiosas, entende que “legitimacy is possible on the basis of legality insofar as the procedures for the production and application of legal norms are also conducted reasonably, in the moral-practical sense of procedural rationality. The legitimacy of legality is due to the interlocking of two types of procedures, namely, of legal processes with processes of moral argumentation that obey a procedural of their own.” LM, p. 230. Apesar de ser criticado por Habermas na sua abordagem do problema da relação entre moralidade e direito, Alexy buscar afirmar que procedimentos judiciais envolvem mais do que ação estratégica e que fundamentação ou raciocínio jurídico (*legal reasoning*) é um caso especial de raciocínio prático (*practical reasoning*). Cf. ALEXY, R. **A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification**, Oxford: Oxford Uni Press, 2009, p. 211-220.

¹⁰⁸⁵ Contudo, o próprio Habermas, analisando a abordagem da Corte Constitucional alemã sobre Direitos fundamentais, criticou o uso da regra da proporcionalidade e do sopesamento como método e padrão racional, considerando-os arbitrários ou irrefletidos. Cf. HABERMAS, **Faktizität und Geltung**, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992, p. 260.

¹⁰⁸⁶ Tradução livre de: “to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities” ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality, Revus [Online], 22 | 2014, Online since 25 June 2014, connection on 04 December 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2783> ; DOI : 10.4000/revus.2783, p. 52.

¹⁰⁸⁷ ALEXY, 2015, op. cit., p. 96.

feixe de normas direitos com diferentes funções e estruturas, expressos também na forma de regras. Um direito fundamental é um conjunto de posições *prima facie*, cada qual correspondente a uma norma. O conjunto dessas normas, princípios e regras, são os elementos constitutivos de um direito fundamental.

Por serem os princípios sujeitos à otimização e realizáveis dentro de possibilidades limitáveis, Alexy entende que existe uma relação necessária entre direitos fundamentais, princípios e proporcionalidade e, assim, uma relação igualmente essencial com o sopesamento.¹⁰⁸⁸

Direitos fundamentais, como princípios, estão sujeitos ao sopesamento ou à determinação do nível apropriado de satisfação desse direito relativo aos requisitos de outros direitos ou princípios¹⁰⁸⁹ pela aplicação da regra de proporcionalidade – especialmente no caso de coalizão de princípios –, que se subdivide em três categorias de análise relacionadas à otimização: (i) *adequação*, pela qual se verifica se o meio utilizado para obstrução de ao menos um princípio promove a realização de um outro princípio ou o objetivo de forma satisfatória; (ii) *necessidade*, segundo a qual se avalia se há outro meio que interfira com menos intensidade no direito fundamental, possibilitando a melhora de posição de um princípio, sem aumentar a interferência ou a não satisfação do outro; e, por fim, (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, pela qual se realiza um *sopesamento* para determinar a otimização jurídica da posição de ambos os princípios envolvidos, em uma perspectiva legal.¹⁰⁹⁰

Contudo, o entendimento de todo direito fundamental como princípio e, portanto, restringível, traz consequências provocadoras, especialmente para os defensores de teorias de direitos fundamentais baseadas em um conteúdo essencial desses direitos ou diante da expressa menção por textos constitucionais ou de tratados internacionais de direitos considerados como absolutos e, portanto, invioláveis, como a tortura, a escravidão e a própria dignidade da pessoa humana.

O mesmo pode ocorrer na interpretação do Artigo 227 da Constituição

¹⁰⁸⁸ Cf. ALEXY, Robert. **Constitutional Rights and Proportionality**, Revus [Online], 22, 2014. June 2014, connection on 04 December 2018. URL : <http://journals.openedition.org/revus/2783> ; DOI : 10.4000/revus.2783, p. 52.

¹⁰⁸⁹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 96.

¹⁰⁹⁰ ALEXY, 2015, op. cit., p. 94-103.

Federal brasileira de 1988, que adota expressamente a disposição de que os direitos fundamentais de crianças são garantidos com *absoluta prioridade*. Se o direito à prioridade é absoluto, em uma interpretação literal da constituição, não poderia ser, portanto, restringido.

Por fim, cabe ressaltar a recepção da teoria dos princípios e a tese da proporcionalidade aplicada aos direitos fundamentais por outros sistemas jurídicos, inclusive o brasileiro. Internacionalmente, a aplicação da proporcionalidade, na forma como desenvolvida por Alexy, tem ganhado ampla relevância e sido vista com grande utilidade para as discussões constitucionais e para as bases de um constitucionalismo global¹⁰⁹¹.

Como afirmam Jackson e Tushnet, “não é usual no mundo da interpretação constitucional uma única doutrina se tornar tanto amplamente usada, como amplamente discutida por juristas trabalhando em diferentes tradições legais. (...) Proporcionalidade, em contraste, gerou atenção mundial.”¹⁰⁹²

No Brasil, a incorporação dessa teoria na doutrina e jurisprudência tem ganhado cada vez mais espaço e uso, ainda que muitas vezes careça de maior entendimento do contexto cultural jurídico em que foi criado e de precisão terminológica, como na confusão entre *proporcionalidade* e *razoabilidade*, inclusive nas decisões do próprio STF.¹⁰⁹³

Infelizmente – longe de um diálogo responsável de direito público e constitucional comparado pelo entendimento de suas finalidades e necessária adaptação à realidade nacional –, a sistematização e o método de análise oferecidos pela teoria dos princípios são utilizados mais como argumentos retóricos, sem coerência inclusive pelo próprio STF¹⁰⁹⁴, do que propriamente incorporados estruturalmente pela comunidade de intérpretes nacionais, como argumenta Virgílio Afonso da Silva:

¹⁰⁹¹ Cf. KLATT, Matthias; MEINSTER, Moritz. **Verhältnismässigkeit Als Universelles Verfassungsprinzip**. Der Staat, Vol. 51, No. 2, Duncker & Humblot GmbH, 2012, pp. 159-188.

¹⁰⁹² JACKSON, V.; TUSHNET, M., (Eds.). **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. Comparative Constitutional Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 1.

¹⁰⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, 798, 2002, p. 27-30.

¹⁰⁹⁴ Ibid., p. 46.

“O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a ideia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um topos, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula ‘à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional’.”¹⁰⁹⁵

Tal constatação poderia desanimar os estudiosos ou entusiastas brasileiros da teoria dos princípios, posto que poderia se considerar infrutífera a adoção como base teórica de um sistema de pensamento que não é plenamente adotado pela realidade das decisões e reflexões da comunidade de intérpretes no Brasil.

Entretanto, compartilha-se do entendimento de que a teoria dos princípios de Alexy e a teoria de aplicação por sopesamento da regra de proporcionalidade são marcos teóricos sólidos e realisticamente aplicáveis para a fundamentação de decisões difíceis, podendo contribuir de forma efetiva para construção de um tão almejado constitucionalismo global¹⁰⁹⁶.

A teoria dos princípios é, assim, uma estrutura consistente para a análise dos direitos fundamentais em um Estado Democrático Constitucional de Direito, especialmente como forma de vincular os tomadores de decisão ao necessário ônus argumentativo e fundamentação racional de suas decisões, especificamente do caso da presente tese, daquelas complexas e sensíveis relativas à vida de crianças com suas famílias e comunidades sociais.

Todavia, seu uso como teoria e estrutura de análise neste trabalho não está alheio às discussões ou inconsciente das críticas acerca de sua aplicabilidade e pertinência no sistema jurídico do Brasil.¹⁰⁹⁷ As críticas brasileiras realizadas à

¹⁰⁹⁵ Ibid., p. 31.

¹⁰⁹⁶ Cf. Anne Peters: “Global constitutionalism comprises diferente strands of thought most of which read (orreconstruct) some features of the status quo of global law and governance as “constitutional” and even “constitutionalist” (positive analysis), and which also seek to provide arguments fortheir further development in a specific direction (normative analysis). Constitutionalism claims that the principles of the rule of law, a separation of powers, fundamental rights protection, democracy, and solidarity, together with institutions and mechanisms securing and implementing these principles, are (comparatively) well suited to safeguard and promote as much as possible the well-being of natural persons not only as atomized individuals but also in their group relationships. (PETERS, 2015, p.).

¹⁰⁹⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios**

teoria dos princípios e sua aplicabilidade nacional devem-se, entretanto, mais à falta de uma teoria constitucional brasileira compartilhada entre a comunidade de intérpretes nacional¹⁰⁹⁸, ou até mesmo dentro do próprio STF, do que propriamente às premissas teóricas e consequências lógicas e dogmáticas apresentadas por Alexy na análise da estrutura dos direitos fundamentais e sua aplicação prática, por sopesamento, em um sistema jurídico.

Evidentemente, o sistema jurídico e institucional alemão é diverso do brasileiro, o que exige sempre um olhar responsável para o transplante ou utilização de teorias geradas em sistemas comunicacionais outros, com suas particularidades culturais próprias. Acredita-se, contudo, que esse esforço é válido pela potência e coesão analítica apresentada pela teoria dos princípios, a qual pode apresentar interessantes caminhos e abordagens para a gramática dos direitos fundamentais de crianças no Brasil.

Tal esforço busca iniciar um diálogo sobre a necessidade de maior racionalidade à fundamentação jurídica do discurso prático, na resolução de casos concretos que envolvam direitos fundamentais de crianças, para que elas, seus direitos e melhor interesse sejam levados a sério, tanto pelo Sistema de Justiça como por qualquer outra instituição ou agente do Estado, da sociedade e das famílias.

Analisar as disposições constitucionais da absoluta prioridade do Artigo 227 da Constituição Federal de 1998, especialmente seu caráter absoluto, por meio das ferramentas da teoria dos princípios, permite o trânsito em terreno firme – com fundações consistentes e amplamente debatidas, ainda que criticadas e contestadas – e, igualmente, em terreno fértil, com possibilidades de encontrar caminhos comunicativos compartilhados em um Estado Democrático Constitucional de Direito, para que haja, assim, um *agir comunicativo forte* e, quem sabe, um

jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André (Orgs.). **Garantismo, Hermeneutica e (neo) Constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. **Dilemas da crise do direito**, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. 2012.

¹⁰⁹⁸ SILVA, V. 2015, op. cit., p. 143.

verdadeiro *constitucionalismo integrador*¹⁰⁹⁹ da realidade dos mundos e das vidas das milhões de crianças brasileiras.

4.2. A qualificação como absoluta da prioridade dos direitos fundamentais e do melhor interesse da criança

Até o presente momento, considerando apenas o termo “prioridade” expresso na Constituição, especialmente na sua acepção de preferência, permite-se o entendimento de que, em alguns casos, o direito da criança ou seu melhor interesse possa não ser priorizado em função de outro direito ou interesse mais relevante ou com maior peso na análise de um caso concreto.

Até aí, essa conclusão estaria em perfeita consonância pelo entendimento de que direitos fundamentais são princípios e, portanto, mandamentos de otimização com caráter *prima facie*, ou seja, sem um mandamento definitivo e, ainda, sujeito ao afastamento por razões antagônicas de outro direito fundamental colidente.¹¹⁰⁰

Contudo, o legislador não se limitou em garantir prioridade aos direitos da criança, mas determinou que essa prioridade seja *absoluta*. Por uma análise exclusivamente textual, cuja definição encontrada no dicionário é evidente, sendo absoluta aquilo: “1 que se apresenta como acabado, pleno; 2 que recebeu absolvição; perdoado, inocentado; 3 que não depende de ninguém ou de coisa alguma; independente, soberano; 4 que não sofre nem comporta restrição ou reserva; inteiro, infinito; 5 que não admite condições, obrigações, limites; incondicional; 6 que não permite contestação ou contradição; imperioso; 7 em que predomina o despotismo, a autoridade arbitrária; despótico; 8 único, superior a todos os demais; 9 que independe de qualquer ponto de referência convencional.”¹¹⁰¹

¹⁰⁹⁹ Cf. HESSE, Konrad e DIETER Grimm;

¹¹⁰⁰ ALEXY, 2015, op. cit., p.103-104.

¹¹⁰¹ HOUAISS, Dicionário. Verbete: “absoluto”. Versão online, disponível em: <www.houaiss.uol.com.br>.

4.2.1. A doutrina brasileira e a interpretação constitucional da norma da absoluta prioridade pelos cânones de interpretação

Em nenhum outro lugar na Constituição há o uso do adjetivo *absoluto* para qualificar um direito fundamental, o que denota que o constituinte não utilizou tal expressão de maneira abusiva ou leviana. Houve, portanto, uma intencionalidade do uso da expressão, a qual, como visto na primeira parte deste trabalho, foi fruto de um intenso processo de convencimento e demanda social, mediado pelo Parlamento e o processo constituinte, da necessidade de se colocar a criança como prioridade nacional em qualquer decisão ou ação do Estado, da Sociedade ou das famílias.

Contudo, a doutrina constitucionalista, ao abordar – quando acontece – o tema da proteção constitucional à criança ou realizar a interpretação constitucional do Artigo 227, é omissa em relação ao termo “absoluta prioridade”, ressaltado, quando muito, apenas de maneira descritiva sua existência. José Afonso da Silva, em seu “Curso de Direito Constitucional Positivo”, dedica poucos parágrafos ao tema da criança, de maneira apenas remissiva para abordar os artigos 6º, 201-III e 203-I, II e 227, sem mencionar a disposição da absoluta prioridade.¹¹⁰²

A doutrina responsável por buscar o significado desse termo é, em sua maioria, construída por estudiosos do ECA. Nesse sentido, Wilson Donizete Liberat, apesar de não definir expressamente a natureza desse conceito constitucional, atribui o seguinte significado:

“Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e dos adolescentes.”¹¹⁰³

Para Rossato, Lépore e Cunha, autores de um dos comentários recentes ao ECA, prioridade absoluta, tal como a própria proteção integral, seriam considerados *metaprincípios*, sendo assim “denominados porque, extraídos da

¹¹⁰² ALEXY, 2015, op. cit., p. 281-282.

¹¹⁰³ LIBERAT, W. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo:Malheiros, 1997, p. 21.

Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, representam postulados de interpretação para a extração de significado dos demais princípios e regras que compõe o sistema protetivo dos direitos da criança e do adolescente.”¹¹⁰⁴

Já com relação ao padrão jurídico do melhor interesse da criança, a doutrina constitucional é ainda mais silenciosa. O seu uso e estudo ocorre com maior desenvoltura no âmbito do Direito Civil, especialmente do Direito de Família, como um instituto a guiar as decisões judiciais nos conflitos familiares parte de princípios da ordem pública incorporados pelo CC¹¹⁰⁵, como no seu parágrafo único do art. 1.589, onde se registra a expressão “observados os interesses da criança ou do adolescente”, incluída pela Lei 12.398 de 2011 sobre o direito dos avós de visita aos netos.

Contudo, o uso do melhor interesse da criança como um padrão jurídico nas decisões, por uma breve análise das fontes citadas, é mais influenciado pela jurisprudência e doutrinas estrangeiras incorporadas subjetivamente pelos julgadores do que propriamente por um reconhecimento do instituto como parte fundante da sistemática jurídica nacional.

Para o ministro do STF Luiz Edson Fachin, estudioso do direito de família, o melhor interesse da criança seria um princípio para avaliar especialmente o amor e os laços afetivos entre os responsáveis legais e a criança, um critério “significativo na decisão e na aplicação da lei. Isso revela um modelo que, a partir do reconhecimento da diversidade, tutela os filhos como seres prioritários nas relações paterno-filiais e não mais apenas a instituição familiar em si mesma.”¹¹⁰⁶

Entretanto, restam ainda opacos na doutrina constitucional ou nas investigações acerca do dever do Estado no direito público, a natureza e o significado dos conceitos jurídicos da absoluta prioridade dos direitos fundamentais da criança e do seu melhor interesse.

Conforme analisado em detalhe anteriormente, a jurisprudência dos

¹¹⁰⁴ ROSSATO, L.; LÉPORE, Paulo; CUNHA, Rogério. **Estatuto da Criança e do Adolescente, Comentando artigo por artigo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71.

¹¹⁰⁵ SANCHES, Helen C.; VERONESE, Josiane R. **Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 61.

¹¹⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 98.

Tribunais Superiores, tanto do STF quanto do STJ, utiliza-se, ainda que de forma não sistematizada, de ambos os conceitos em diferentes casos, reforçando a necessidade de se investigar dogmaticamente as dimensões desses institutos, como forma de garanti-los ainda mais efetividade e racionalidade nos processos judiciais de argumentação, fundamentação e deliberação.

Em uma análise constitucional pelos cânones de interpretação clássicos de von Savigny, a disposição constitucional da absoluta prioridade poderia ter, de forma sucinta, os seguintes significados: (i) pelo método gramatical, a análise textual da expressão permite o entendimento de que em qualquer circunstância ou caso em que a criança esteja envolvida, sempre, de forma, absoluta e sem possibilidade de relativizações, o direito da criança deve ser garantido em primeiro lugar; (ii) pelo método histórico, a compreensão do processo histórico pelo qual os direitos da criança foram positivados na Constituição, conforme apresentado no capítulo 1 deste trabalho, permite a conclusão de que colocar a criança em primeiro lugar nas preocupações de todos – Estado, sociedade e famílias – está em plena consonância com as aspirações sociais e políticas de valorização e cuidado de todas as crianças, sem distinção, comprovado pela intensa mobilização e adesão popular para a aprovação da emenda popular da criança; (iii) pelo método sistemático, a verificação do caráter sistêmico desta provisão constitucional, por sua validação e positivação em várias outras normas da necessidade de se garantir os direitos fundamentais da criança com absoluta prioridade, como no próprio art. 4º do ECA, do art. 3º do Marco Legal da Primeira Infância e das normas criadoras de políticas públicas, nas quais crianças ganham atendimento prioritário, como na saúde e assistência social; e, por fim, (iv) pelo método teleológico, permite-se a constatação de que, considerando a *fase peculiar de desenvolvimento* da criança, em função do desenvolvimento progressivo de suas capacidades, garantir os direitos fundamentais de crianças com absoluta prioridade é estratégia eficiente para proteger de forma especial e integral crianças, o que, em última análise, constitui-se, igualmente meio inteligente de se promover o bem-estar social e o desenvolvimento econômico e social, o que será detalhado mais à frente¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁷ Inúmeras pesquisas e trabalhos, de diferentes vertentes, têm apontado que colocar a criança em

Por esses métodos e por uma leitura literal do texto constitucional, pode-se concluir que os legisladores constituintes, representando a vontade soberana de uma comunidade social e de valores, quiseram intencionalmente registrar o entendimento de que a proteção dos direitos fundamentais de crianças possui, se não a maior, uma das maiores importâncias e relevâncias na Constituição.

Os constituintes atribuíram, assim, à garantia dos direitos fundamentais de crianças um *status* jurídico constitucional especial e prioritário, antes de qualquer outro, conforme propugnava, inclusive, a campanha “Criança, Prioridade Nacional”, que, em conjunto com o grupo “Criança e Constituinte”, mobilizou a sociedade civil e os parlamentares durante a Constituinte.¹¹⁰⁸

Assim, constata-se que o legislador constitucional decidiu garantir à criança o direito fundamental à precedência de seus direitos fundamentais e melhor interesse, ou seja, determinou pelo Artigo 227 a proteção das crianças e seus direitos em primeiro lugar sem nenhuma forma de restrição ou reserva, de maneira “absoluta”.

Essa garantia encontra-se em consonância com as disposições na CDC/ONU, que determinam categoricamente – pelo uso do termo (*shall be*) – que os Estados cumpram todos os compromissos para observar primordialmente o melhor interesse da criança e empregar todos os esforços para garantir seus direitos humanos previstos especificamente na Convenção, conforme destacado no GC n. 14, que analisa o art. 3º da CDC/ONU, sobre a necessidade de que em todas as decisões relativas às crianças se ter “primacialmente em conta o interesse superior da criança”:

“36. Os melhores interesses da criança devem ser uma consideração primordial na adoção de todas as medidas de execução. A expressão ‘que serão abordados’ impõe uma forte obrigação legal aos Estados e significa que eles não podem decidir a seu critério se os melhores interesses da criança é uma consideração primária a ser valorizado e ser dada a

primeiro lugar nas decisões tomadas pelo Estado, sociedade e famílias permite a melhora de vários índices de desenvolvimento, inclusive econômicos, como aponta a pesquisa do prêmio Nobel de Econômica James Heckman, Cf. HECKMAN, James J. **The Case for Investing in Disadvantaged Young Children**, CESifo DICE Report, ISSN 1613-6373, ifo Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München, Vol. 06, Iss. 2, 2008, p. 3-8.

¹¹⁰⁸ Ver item 1.8.2, Capítulo 1.

importância adequada em qualquer medida a ser levado 37. A expressão ‘consideração primária’ significa que os melhores interesses da criança não podem estar no mesmo nível de todas as outras considerações. A força dessa posição é justificada pela situação especial das crianças (dependência, maturidade, status legal e, muitas vezes, falta de voz). As crianças têm menos probabilidade que os adultos de defender seus próprios interesses, e as pessoas envolvidas nas decisões que as afetam devem considerar explicitamente seus interesses. Se os interesses da criança não são enfatizados, eles são freqüentemente negligenciados.”¹¹⁰⁹

Nesse sentido, a prioridade garantida aos direitos da criança e do adolescente não seria, segundo disposição expressa da Constituição e apoiada pela CRC/ONU, uma norma sujeita à relativização ou a uma realização na medida do possível, e diferentemente de um mandamento de otimização, não estaria sujeita ao sopesamento pela aplicação da regra de proporcionalidade.

Conforme já abordado anteriormente, Alexy demonstra que na resolução de uma colisão de princípios no caso concreto, o que o poder decisório faz é estabelecer uma *relação de precedência condicionada* ou *incondicionada*, ou seja, “a fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro”¹¹¹⁰, pelo sopesamento, ou a fixação de relações em que a resolução de uma colisão de princípio com o outro sempre aponte para a mesma precedência, tornando-a uma regra incondicionada. Para o autor, baseado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a regra geral para as colisões entre direitos fundamentais – princípios – é da fixação de precedência condicionada, uma vez que “nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro”.¹¹¹¹

Um direito absoluto seria aquele que “não pode ser anulado em nenhuma circunstância, de modo que nunca possa ser justificadamente violado, devendo ser

¹¹⁰⁹ Tradução livre de: “The best interests of a child shall be a primary consideration in the adoption of all measures of implementation. The words “shall be” place a strong legal obligation on States and mean that States may not exercise discretion as to whether children’s best interests are to be assessed and ascribed the proper weight as a primary consideration in any action undertaken. 37. The expression “primary consideration” means that the child’s best interests may not be considered on the same level as all other considerations. This strong position is justified by the special situation of the child: dependency, maturity, legal status and, often, voicelessness. Children have less possibility than adults to make a strong case for their own interests and those involved in decisions affecting them must be explicitly aware of their interests. If the interests of children are not highlighted, they tend to be overlooked.” In: ONU/OHCHR/UN, General Comment n. 14, op. cit., p. 10.

¹¹¹⁰ ALEXY, 2015, op. cit., p. 97.

¹¹¹¹ Idem.

cumprido sem quaisquer exceções”¹¹¹². Logo, entende-se, por essa definição, que um direito absoluto não pode estar sujeito a uma otimização no caso concreto, pois deve ser sempre aplicado com precedência sobre qualquer outro direito.

Constata-se, nesse sentido, que a teoria dos princípios e do entendimento dos direitos fundamentais como tais, traria uma impressão inicial de incompatibilidade estrutural com a ideia de direitos fundamentais absolutos¹¹¹³, pois a proporcionalidade pressupõe justamente a avaliação em quando a restrição de determinado direito ou interesse pode ser justificada, sendo o sopesamento de todo e qualquer direito fundamental inevitável, e não havendo, segundo seus defensores, nenhuma outra forma racional pela qual a razão de uma limitação pode ser posta em relação ao direito fundamental.¹¹¹⁴ Para muitos, inclusive para Alexy, a proporcionalidade faz parte da própria estrutura de concepção dos direitos fundamentais, devendo ser adotada ou rejeitada como um todo.¹¹¹⁵

Todavia, como será visto adiante, o próprio Alexy abordou o tema da possibilidade ou não da existência de um princípio absoluto, ao analisar a previsão do art. 1º, inciso 1º da Constituição alemã, que atribui à dignidade da pessoa humana o adjetivo inviolável (*unantastbar*), indicando um caminho que será detalhado a seguir.¹¹¹⁶

Dessa forma, como conceber a ideia de um direito fundamental – como a disposição constitucional da absoluta prioridade à criança – como absoluto? Há essa possibilidade no âmbito da teoria dos princípios e pelo entendimento da proporcionalidade como elemento natural dos direitos fundamentais?

¹¹¹² Tradução livre de: “it cannot be overridden in any circumstances, so that it can never be justifiably infringed and it must be fulfilled without any exceptions”, cf. GEWIRTH, Alan. **Are There Any Absolute Rights?**. The Philosophical Quarterly (1950-), vol. 31, no. 122, 1981, p. 2.

¹¹¹³ WEBBER, Grégoire. **Proportionality and Absolute Rights**. In: TUSHNET, M.; JACKSON, 2017, op. cit., p. 78-79.

¹¹¹⁴ Cf. ALEXY, op. cit. p.

¹¹¹⁵ MÖLLER, Kai. **US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model**. In: TUSHNET, M.; JACKSON, 2017, op. cit., p. 131.

¹¹¹⁶ “Artikel 1. (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

4.2.2. Debates acerca da absolutez de direitos fundamentais na teoria dos princípios e no âmbito da proporcionalidade

O debate sobre a possibilidade de um direito fundamental ser considerado absoluto, inclusive em função de menções expressas em textos constitucionais ou tratados internacionais, é de extrema relevância para o entendimento da concepção e estrutura dos próprios direitos fundamentais, especialmente diante da essencial pergunta se esses seriam ou não restringíveis, em quais circunstâncias e sob quais condições.

Tal discussão apresenta-se com ainda maior relevância, uma vez que a teoria dos princípios é, cada vez mais, apresentada como tendo uma abrangência universal a direitos fundamentais de diferentes contextos constitucionais, especialmente pelo entendimento de relação necessária entre a estrutura normativa dos direitos fundamentais e a proporcionalidade.¹¹¹⁷

Assim, dentro desse debate, identificam-se cinco posicionamentos acerca dos direitos fundamentais absolutos entendidos no âmbito da teoria dos princípios aplicada aos direitos fundamentais: 1. o absolutista, que afirma a existência de direitos fundamentais absolutos e questionam os fundamentos da teoria dos princípios e da proporcionalidade; 2. o excepcionalista, que prevê essa possibilidade, mas como exceção à teoria dos princípios; 3. o da teoria pura dos princípios, que defende não existir direitos fundamentais absolutos; e 4. o do duplo aspecto, que compreende que direitos fundamentais podem se apresentar tanto como princípios como regras, característica essa que imprime uma impressão de absolutez.

4.2.2.1. Posicionamento absolutista

Para o primeiro grupo, absolutista, resistente à Teoria dos Princípios aplicada a todos e qualquer direito fundamental, a proporcionalidade de direitos fundamentais propagaria uma nociva visão relativista dos direitos humanos, a qual

¹¹¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Constitutional Rights and Proportionality**, *Revus* [Online], 22, 2014.

“negaria respostas categóricas para demandas de direitos”¹¹¹⁸, como no caso do direito a não ser torturado ou escravizado, ou que tal teoria “não teria capacidade de explicar”¹¹¹⁹, ao menos no nível positivo de leis ou tratados internacionais, a apresentação formal de alguns direitos como absolutos, como a dignidade da pessoa humana na própria Constituição alemã.

Para ele, em uma visão substancialista, a estrutura procedimentalista ou consequencialista da Teoria dos Princípios não reflete a natureza deontológica de alguns direitos¹¹²⁰, ignorando igualmente que direitos são concebidos também como deveres, legais e morais, no relacionamento entre pessoas, com tendência e aspiração a serem absolutos.¹¹²¹ No mesmo sentido, há aqueles – amparados pela visão de Carl Schmitt da absolutez de *direitos fundamentais autênticos*¹¹²² – que defendem a existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, pela definição de um âmbito de proteção rígido, cujas ações previstas seriam invioláveis e, portanto, absolutas, como na proposição de uma Teoria Estruturante do Direito.¹¹²³

Ao defender a ideia de que alguns direitos são absolutos em função de sua validade moral, Alan Gewirth propõe três níveis em que um direito pode ser considerado absoluto: (i) no âmbito moral (absolutismo principiológico), que engloba fórmulas gerais e amplas, como no imperativo categórico kantiano; (ii) em um âmbito específico e individualizado (absolutismo individual), que abrange a esfera apenas de uma pessoa ou objeto localizados em determinado tempo e espaço;

¹¹¹⁸ “the principle of proportionality denies categorical answers to rights-claims. Every answer to a claim is contingent on the optimization of the constitutional rights. There can be no categorical assertion, for example, that the State should not torture a person (...). According to this approach, any explicit constitutional prohibition of torture, is translated from a categorical prohibition to an optimization principle.”, cf. WEBBER, G. C. N. **Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship**. Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (1):179-202, 2010, p. 199.

¹¹¹⁹ MÖLLER, Kai. Balancing and the Structure of Constitutional Rights, 5 **International Journal of Constitutional Law**, 453-68, 2007, p. 466.

¹¹²⁰ KUMM, M. **Political Liberalism and the Structures of Rights: on the place and limits of the Proportionality Requirement**, p. 153 In: PAVLAKOS, George (Ed). **Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oxford: Hart Publishing, 2007, p. 131-166.

¹¹²¹ WEBBER, Grégoire. 2017, op. cit., p. 99.

¹¹²² Cf. SCHMITT, Carl. **Verfassungslehre**. Berlin: Duncker u. Humblot GmbH, 1928, p. 166.

¹¹²³ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito**, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Num. 7, 2003.

e (iii) no âmbito das normas legais (absolutismo de normas legais), pelo qual regras definem determinada titularidade e o dever correlativo.¹¹²⁴

Webber, em seu artigo sobre a proporcionalidade e direitos absolutos, resume bem essa visão absolutista:

“Ao chamar a atenção para algumas das hipóteses que animam a visão dos direitos defendidos pelos proponentes da proporcionalidade, fui lembrado da advertência de Aleinikoff de que, (...), levantando questões suficientes sobre o sopesamento e suas implicações para os direitos, pode-se ‘forçar uma reabertura do debate sobre o sopesamento’. Informar a nossa compreensão dos direitos com a preocupação de deveres e relações entre pessoas abre caminhos diferentes para alinhar a constituição de direitos com sua força normativa, caminhos que, por sua vez, direcionam a pensar em como os direitos, por sua natureza, aspiram a ser peremptórias e conclusivas do que deve ser feito. Outra maneira de colocar esse mesmo pensamento é dizer que, por sua própria natureza, os direitos aspiram a ser absolutos.”¹¹²⁵

Por essa visão absolutista, os direitos considerados absolutos não seriam suscetíveis, em nenhuma hipótese, à restrição ou relativização de sua força e abrangência, o que confronta diretamente a ideia de proporcionalidade sustentada na teoria dos princípios, a qual para alguns seria “uma ficção”, “uma máscara para esconder a subjetividade do julgador”¹¹²⁶.

Usualmente, para enfrentar as críticas relativas à fragilidade e insegurança diante da potencial amplitude substantiva de alguns direitos considerados absolutos, como a dignidade da pessoa humana, muitas abordagens absolutistas desenvolvem a tese da necessidade de especificação, tal qual proposta por Dworking na possibilidade de enumeração exaustiva dos atos no âmbito de proteção de determina direito absoluto. Defendem tal argumento por três elementos-chave: (i) a

¹¹²⁴ GEWIRTH, Alan. **Are There Any Absolute Rights?**. The Philosophical Quarterly (1950-), v. 31, n. 122 (jan 1981), pp. 1-16, Oxford: Oxford University Press, p.3-5.

¹¹²⁵ Tradução livre de: “In calling attention to some of the assumptions animating the view of rights defended by proponents of proportionality, I have been reminded of Aleinikoff’s warning that, (...), by raising enough questions about balancing and its implications for rights, one can ‘force a re-opening of the balancing debate’. Informing one’s understanding of rights with a concern for duties and relationships between persons opens up diferente pathways for aligning the constitution of rights with their normative force, pathways that, in turn, direct one to thinking through how rights, by their very nature, aspire to be peremptory and conclusive of what ought to be done. Another way of putting this same thought is to say that, by their very nature, rights aspire to be absolute.” (cf. WEBBER, Grégoire. 2017, op. cit., p. 99).

¹¹²⁶ STRECK, op. cit., p. 20.

especificação é importante para a capacidade de padrões legais guiarem comportamento; (ii) a especificação serve à determinação do ambiente de proteção de um direito absoluto; e (iii) a especificação é necessária para a relação entre aplicabilidade e especificidade de um direito absoluto.¹¹²⁷

A especificação mostra-se como estratégia importante para limitar a discricionariedade do poder decisório, possibilitando que fique evidente se uma decisão não segue o que foi, supostamente, disposto pela lei. Um ramo do direito que se utiliza amplamente dessa técnica é o direito penal, pela qual busca a tipificação expressa das ações e condutas, suas excepcionalidades e implicações práticas, relacionadas diretamente ao princípio da legalidade e suas máximas: *lex scripta*, *lex certa*, *lex clara* e *lex praevia*.¹¹²⁸

Todavia, no âmbito dos direitos fundamentais, argumentos sólidos no âmbito das bases da teoria dos princípios contra à impossibilidade de restrição de um direito fundamental são apresentados por Afonso da Silva, ao explicitar a necessidade do uso de um suporte fático amplo a todo direito fundamental, inclusive para possibilitar maior proteção.¹¹²⁹ Tal visão permite o entendimento de que direitos fundamentais possuem âmbitos de proteção igualmente amplos, evitando a eliminação, *a priori* – com alta discricionariedade, que abre caminho para sobreposição de moralidades subjetivas e arbitrárias nas decisões –, de ações que não estariam nesse núcleo duro, permitindo uma proteção *prima facie* de qualquer ação e a compreensão mais transparente de que direitos fundamentais são restringíveis, mas somente por meio uma intervenção com exigência de uma fundamentação constitucional. Segundo Afonso da Silva, reconhecer a possibilidade de restrição de um direito fundamental não diminui seu grau de proteção, pelo contrário:

“impõem *um ônus argumentativo* ao legislador, ao juiz e ao

¹¹²⁷ MAVRONICOLA, Natasa. **What is an "absolute right"? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention**. Human Rights Human Rights Law Review 12:4, Oxford University Press, 2012., p. 741.

¹¹²⁸ ROXIN, Claus. **Strafrecht**. Allgemeiner Teil, Bd. I, München: Verlag C.H. Beck, 1992, p. 69-70.

¹¹²⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, 4, 2006, p. 23-51.

administrador; uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como limites imanentes, conteúdos absolutos, especificidade ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais. Nessas teorias, *a restrição ocorre de forma disfarçada*, com base em uma exclusão a priori de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção.”¹¹³⁰

Assim, constata-se algo importante em relação à teoria dos princípios. Sua preocupação central não está na avaliação no âmbito moral, utilizando a classificação de Gewirth, se um direito é absoluto ou não, mas sim impedir que no âmbito das normas, as quais também possuem um conteúdo moral¹¹³¹, o argumento acerca da absolutez de um direito seja utilizado como trunfo inquestionável para decisões sem justificativas racionais ou argumentações não fundamentadas, e, para isso, propõe que todos os direitos fundamentais são princípios *prima facie*, passíveis de sopesamento, mas sempre carentes de uma justificativa estruturada para sua restrição.

4.2.2.2. Posicionamento da teoria pura dos princípios

O entendimento da impossibilidade da existência de um caráter inviolável, absoluto, de direitos fundamentais também fundamenta a visão do segundo grupo, segundo qual não haveria, no âmbito na Teoria dos Princípios, direitos fundamentais absolutos. Klatt e Meister, defendendo um modelo de direitos como barreiras de proteção ou trunfos (*trumps*) fracos¹¹³² pelo qual todos os direitos estariam sujeitos ao teste de proporcionalidade, direitos fundamentais considerados absolutos (dignidade da pessoa humana, direito a não ser torturado ou escravizado) apresentariam, apenas, uma “impressão de absolutez” (*impression of absoluteness*) e, portanto, seriam aparentemente absolutos, devido ao fato de que pode-se afirmar com grande certeza que o princípio da dignidade da pessoa humana recebe precedência sobre princípios colidentes, pois apresenta um peso abstrato muito

¹¹³⁰ Ibid. p. 49.

¹¹³¹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 128.

¹¹³² KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **The Constitutional Structure of Proportionality**. Oxford: University Press, 2012, p. 23.

maior no sopesamento.¹¹³³

Nesse sentido, para os autores, não seria possível dar a um direito fundamental – princípio – uma relação incondicionada de preferência sobre outros princípios e, portanto, garantir sua natureza absoluta:

“Estabelecer uma prioridade absoluta ou precedência incondicionada é, no entanto, impossível, uma vez que é impossível equilibrar os princípios abstratamente, sem referir-se a casos concretos. Em vez disso, a própria ideia de estabelecer a precedência entre princípios já é incluída na dimensão do peso e, portanto, do balanceamento. O balanceamento, no entanto, só pode ocorrer em relação a casos concretos”.¹¹³⁴

Assim, ao invés do estabelecimento de uma relação incondicionada de precedência, o modelo de barreiras de proteção fraco (*weak trump model*) apresentado pelos autores resolveria a importância de um direito reputado como absoluto na *fórmula do peso*¹¹³⁵, pela incorporação de um peso abstrato de direitos fundamentais tidos como muito importantes dentro da estrutura do sopesamento, estabelecendo sua predominância.¹¹³⁶ Nesse sentido, os autores concluem que qualquer direito fundamental deve estar sujeito ao sopesamento, inclusive a dignidade da pessoa humana ou o direito contra tortura, pois, além de permitir melhor justificação racional, “o medo que o direito contra tortura tivesse menos peso em favor à segurança nacional, (...), é infundado.”¹¹³⁷

Contudo, é também sobre a fórmula do peso que recai as inúmeras críticas quanto à demasiada discricionariedade dos tomadores de decisão no caso concreto – o que pode transformar o tribunal, um poder com competências infladas ou como

¹¹³³ Ibid., p. 31-32.

¹¹³⁴ Tradução livre de: “To establish an absolute priority or unconditional precedence is, however, impossible, since it is impossible to balance principles abstractly, without referring to concrete cases. Rather, the very idea of establishing precedence among principles already buys in the dimension of weight, and, thus, balancing. Balancing, however, may only take place relativized to concrete cases.” Idem, p. 32.

¹¹³⁵ Cf. Alexy, a fórmula do peso é um desenvolvimento complementar ao sopesamento, especialmente para aplicação da regra de proporcionalidade em sentido estrito, como forma de se determinar o peso concreto de um princípio em relação a outro princípio em um caso concreto (Cf. ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In: JICKELL, Joachim et al. (Eds.). **Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein**. Berlín: De Gruyter, 2003, p. 771).

¹¹³⁶ KLATT, 2012, op. cit., p. 32.

¹¹³⁷ Ibid., p. 38.

“senhor da constituição”, nas palavras de Böckenförde¹¹³⁸ –, uma vez que essa aritmética da ponderação estaria também sujeita à uma decisão arbitrária sobre uma escala de ordenação abstrata dos direitos por meio dos pesos e sobre a definição do que seriam consideradas interferências leves, moderadas ou graves. Em resumo, não estaria claro na teoria dos princípios quem é o responsável por medir essa suposta escala abstrata de ordenação por meio da intensidade dos pesos dos direitos fundamentais¹¹³⁹, o que traria insegurança jurídica por sua indeterminação, imprevisibilidade e irracionalidade, ainda que aparente e aritmeticamente fundamentada.¹¹⁴⁰

Até mesmo alguns estudiosos e defensores da teoria dos princípios, como Carlos Bernal Pulido, apesar de acreditarem que a racionalidade da proporcionalidade se mantém com a fórmula do peso, reconhecem seus limites:

"Além disso, deve ser enfatizado que a fórmula de peso não é um procedimento algorítmico que pode oferecer uma única resposta correta para cada caso. Pelo contrário, esse modelo de ponderação reconhece seus próprios limites de racionalidade e abre ao juiz uma margem de deliberação em que sua ideologia e suas apreciações desempenham o papel decisivo".¹¹⁴¹

Interessante notar que na discussão entre esses grupos antagônicos – os absolutistas e os da teoria pura dos princípios –, diante da possibilidade de absolutez de um direito fundamental, parece residir em um mesmo temor, ainda que expressos com fundamentos diferentes: o receio diante da grande discricionariedade ou da falta de justificação de uma decisão, que permitiria uma grande e subjetiva margem de apreciação por parte do tomador de decisão.

Para um lado, a discricionariedade seria limitada pelo estabelecimento de

¹¹³⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, **Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik**, Der Staat 29, no. 1, 1-31pp., 1990, p. 197-198.

¹¹³⁹ MORESO, José Juan. **Alexy y la aritmética de la ponderación**, 2007, p. 74. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

¹¹⁴⁰ PULIDO, Carlos Bernal. **La racionalidad de la ponderación**, 2007, p. 45-47. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

¹¹⁴¹ Tradução livre de: “Más allá de ello, es preciso enfatizar que la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante.” In: *Ibid*, p. 47.

comandos normativos categóricos – alguns absolutos –, para ordenar as relações de deveres entre as pessoas em uma comunidade, o que gera maior segurança jurídica pela previsibilidade da aplicação das normas. Para o outro, diante da impossibilidade de previsão taxativa abstrata de todos os casos possíveis ou cláusulas de limitação – absolutez ou prevalência incondicionada de um direito fundamental –, a melhor estratégia, baseada na realidade fática jurisprudencial, seria encarar todos os direitos fundamentais como princípios e garantir uma explicitação racional-lógica da fundamentação da decisão e da imposição de um ônus argumentativo na autoridade decisora, por meio de uma fundamentação mais transparente e, assim, mais controlável social e institucionalmente, em um “diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade”¹¹⁴².

Ambos, apesar de opostos no posicionamento, apresentam estratégias importantes para garantir segurança jurídica, previsibilidade e limitação da subjetividade do tomador de decisão: a especificação normativa e a fundamentação decisória. Tais elementos serão incorporados na proposição de um modelo para aplicação de direitos absolutos pela teoria dos princípios, conforme item posterior.

Por fim, cabe destacar a opinião de Alexy que, apesar de não estar falando diretamente sobre direitos absolutos, ao analisar o modelo puro de princípios proposto por Eike von Hippel, pelo qual direitos fundamentais só seriam princípios e não regras, traz elementos importantes para este debate:

“as objeções contra um tal modelo puro de princípios são óbvias. A principal delas sustenta que esse modelo não levaria a sério a Constituição escrita. Essa objeção baseia-se sobretudo no fato de que um modelo puro de princípios passaria ao largo da regulação diferenciada que a Constituição alemã contém sobre as restrições a direitos fundamentais. O constituinte rejeitou expressamente uma cláusula geral de restrição e dotou cada garantia de direito fundamental com regras muito distintas acerca de possíveis restrições. O Tribunal Constitucional Federal, que, de um lado, trata as normas de direitos fundamentais como princípios, ressalta, de outro lado, a importância dessas regras quando faz menção a uma ‘cuidados regulação das restrições, ajustada à natureza de cada um dos direitos fundamentais’. Na medida em que um modelo puro de princípios não leva a sério essa regulação, é possível criticá-lo por ser contrário ao texto constitucional. Ele substituiria vinculação por

¹¹⁴² SILVA, 2006, p. 81.

sopesamento e, com isso, ignoraria o caráter da Constituição alemã como uma ‘Constituição rígida’ com pretensão de clareza normativa e univocidade.”¹¹⁴³

4.2.2.3. Posicionamento excepcionalista

Já o terceiro posicionamento acolhe a importância da proporcionalidade no âmbito dos direitos fundamentais, validando sua possibilidade de restrição, mas somente diante de uma cláusula restritiva (*limitation clause*), ou seja, provisões normativas que preveem exceções que permitem a limitação de um direito protegido. Nesse sentido, direitos considerados absolutos seriam aqueles que não apresentam cláusulas restritivas e, portanto, não poderiam ser restringidos – como o direito à dignidade da pessoa humana na Constituição alemã, cuja limitação nunca seria justificada, pois seria uma regra e, portanto, uma norma livre de sopesamento (*balancing-free norm*). Para os defensores desse posicionamento, seria um exagero afirmar que proporcionalidade seria aplicada a todos os direitos.¹¹⁴⁴

Entretanto, o próprio Tribunal Constitucional Federal, como afirma Alexy, esclarece que, em face da abertura normativa do direito à dignidade humana, considerada inviolável pela Constituição Alemã e sua “ampla margem de apreciação”, como em questões relativas ao tratamento degradante, há a possibilidade de se recorrer ao sopesamento em alguns casos.¹¹⁴⁵

4.2.2.4. Posicionamento do duplo aspecto

Cabe, agora, voltar-se para a compreensão do posicionamento, cujo principal proponente é o próprio Alexy, que concebe a característica de absolutez de um direito fundamental na teoria dos princípios pelo entendimento de que ela é a expressão como regra de determinado direito fundamental.

Segundo ele, o que aconteceria em casos de direitos tidos como absolutos

¹¹⁴³ ALEXY, 2016 op. cit., p. 123.

¹¹⁴⁴ MÖLLER, Kai. **The Global Model of Constitutional Rights**, 2007, I•CON, jul. 2007, v. 5: 453, p. 466.

¹¹⁴⁵ ALEXY, 2015 op. cit., p. 112-113.

pelos textos normativos, como a dignidade da pessoa humana na Constituição alemã, é a existência de um caráter duplo dessas normas:

“uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência.”¹¹⁴⁶

Ainda, sobre o direito contra a tortura, afirma que as regras podem se revestir igualmente de uma forma categórica e, portanto, absoluta:

“Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple.”¹¹⁴⁷

Todavía, ainda que se apresente com uma face de regra, Alexy também previu possibilidades de restrição legitimada na norma da dignidade da pessoa humana ao caracterizar essa dignidade como princípio para alguns casos em que a proteção do Estado, da coletividade e da ordem democrática sejam uma necessidade maior.¹¹⁴⁸

Distinguir o duplo aspecto como regra e princípio de um direito fundamental previsto expressamente pela Constituição como absoluto, caracterizando-o no âmbito da teoria externa dos direitos fundamentais com concessão à teoria interna em função do próprio texto constitucional, permite um modelo adequado, conforme esclarece Alexy:

“The advantage of this way of putting it is that on one hand no limiting

¹¹⁴⁶ Ibid., p. 114.

¹¹⁴⁷ ALEXY, Robert. La fórmula del peso, p. 14. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

¹¹⁴⁸ ALEXY, 2015 op. cit., p. 112-113.

clause needs to be read into the human dignity norm of the constitution, but that on the other hand the human dignity principle can still be balanced with other constitutional principles.”¹¹⁴⁹

Entretanto, contestando Alexy acerca do pretense aspecto normativo duplo da disposição constitucional da dignidade da pessoa humana, Nils Teifke entende e afirma que, de acordo com a teoria dos princípios, “pode-se afirmar que não há regra da dignidade da pessoa humana que é independente do princípio da dignidade da pessoa humana e absoluta. Ao contrário, dignidade da pessoa humana é simplesmente um princípio que é limitável, mas com a predominância de um peso abstrato”.¹¹⁵⁰ Dessa forma, diferentemente do que sugerido por Alexy, haveria “somente uma norma da dignidade da pessoa humana, chamado de princípio da pessoa humana. Não é um princípio absoluto. Ao invés disso, é, ao menos na teoria, parte da *teoria externa dos direitos*¹¹⁵¹ e, assim, um direito limitável”¹¹⁵².

Alexy, entretanto, parece não querer afirmar expressamente – como Teifke, Klatt e Meinster – que não há a possibilidade de um direito fundamental se expressar como regra categórica, ou seja, absoluto, defendendo a tese do seu duplo aspecto. Ao contrário disso, a teoria dos princípios de Alexy¹¹⁵³ acolhe e acomoda essa possibilidade, por meio da análise da norma da dignidade da pessoa humana na Constituição alemã e do modelo de expressão do direito absoluto norma de aspecto duplo (regra e princípio), propondo uma concessão à teoria interna dos direitos ao texto constitucional no âmbito de sua expressão com regra. Assim, a teoria dos princípios, conforme entendimento do próprio Alexy, parece apontar um outro caminho que não a negação da existência de direitos considerados como absolutos, para além de uma simples “impressão”.

Mesmo negando expressamente, pela lógica da própria teoria, que

¹¹⁴⁹ Ibid., p. 69.

¹¹⁵⁰ TEIFKE, Nils. **Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Rights**, 2018, p. 237. In: GRIMM, KEMMERER, MÖLLERS. *Human Dignity in Context*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

¹¹⁵¹ A teoria externa dos direitos (*Aussentheorie*), em contraposição à teoria interna dos direitos (*Innentheorie*), compreende que não há simplesmente o direito e sua extensão, mas sim o direito em si (*prima facie* ou *Recht an sich*) e o direito limitado (direito definitivo ou *eingeschränktes Rechte*). O direito limitado é o que resta do direito em si quando a limitação acontece. Cf. Nils Teifke, para Alexy, a dignidade da pessoa humana poderia ser caracterizada como um direito no âmbito da teoria externa com uma concessão pela teoria interna ao texto da Constituição.

¹¹⁵² TEIFKE, Nils. 2018, op. cit., p. 235.

¹¹⁵³ KLATT, M.; MEISTER, M., op cit., p. 30.

princípios possam ser absolutos, no desenvolvimento da saída formal pela fórmula dos pesos para os princípios, Alexy previu que alguns interesses (valores) podem possuir pesos infinitos, o que preservaria sua natureza de princípios, mas garantindo sempre o resultado do sopesamento¹¹⁵⁴, o que, em outras palavras, garantiria a precedência desse princípio de forma invariável.

Nesse ponto, cabem as perguntas: Por que insistir em caracterizar um direito fundamental como absoluto, o que para alguns é considerado uma “ideia fútil”¹¹⁵⁵? Qual seria o problema em enfrentar o “tabu”¹¹⁵⁶ moral da possibilidade de restrição de um direito absoluto e afirmar “simplesmente” sua natureza como princípio com grande (ou infinito) peso abstrato, garantindo-lhe predominância, quase certa, no sopesamento?

Alexy, respondendo às objeções dogmáticas feitas à sua teoria no tema da segurança jurídica, parece indicar um esboço de resposta ao afirmar que:

“O modelo de regras e princípios não tem apenas o nível dos princípios, mas também o nível de regras. (...) a segurança jurídica que pode ser criada no nível das regras tem como base não somente a exigência elementar de respeito ao teor literal do texto constitucional e à vontade do legislador constituinte, mas sobretudo também a força dos precedentes do Tribunal Constitucional Federal.”¹¹⁵⁷

Constata-se a importante deferência feita por Alexy ao texto constitucional, na construção de uma teoria de direitos fundamentais que possa acomodar racionalmente os complexos dispositivos constitucionais, elaborados pelos legisladores constituintes, e a jurisprudência do Tribunal responsável por sua interpretação.

Nesse sentido, Alexy parece buscar uma forma de acolher teoricamente a vontade expressa e literal do legislador constitucional, de atribuir o maior valor normativo possível a um direito chamando-o de absoluto: “A exigência de se levar

¹¹⁵⁴ ALEXY, Robert. **Thirteen replies**. In: **Law, Rights and Discourse** – the legal philosophy of Robert Alexy. George Pavlakos ed., 2007. p. 341-344.

¹¹⁵⁵ KLATT, M; MEISTER, M. Op. cit., p. 32.

¹¹⁵⁶ Martin Borowski refere-se a essa discussão como um tabu moral acerca da possibilidade de restrição da norma da dignidade da pessoa humana (*das moralische Tabu von Menschenwürdeeingriffen*). Cf. BOROWSKI, Martin. **Grundrechte als Prinzipien**. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 283.

¹¹⁵⁷ ALEXY, 2015, op. cit., p. 179.

a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é uma parte do postulado da vinculação à Constituição.”¹¹⁵⁸

Esse cuidado, para além de uma preocupação ligada à lógica da interpretação constitucional literal, pode se apresentar, igualmente, como um respeito à vontade de uma comunidade social – e não receio de se enfrentar um tabu –, expressa na forma da lei escrita constitucional, de alçar ao mais alto grau ou hierarquia das normas de sua jurisdição, a proteção de determinado bem, valor, princípio ou direito, quase como um objetivo pedagógico constitucional (*grundrechtspädagogischen Vorteil*)¹¹⁵⁹ ou, até mesmo, aspiracional.

No caso da Constituição alemã de 1949, foi o direito à dignidade da pessoa humana o escolhido como base fundante da Constituição, do Estado e sua organização (*Gestaltungsauftrag*) e nas relações na sociedade dos cidadãos submetidos a sua jurisdição, os quais, como seres humanos, apresentam todos essa característica essencial da dignidade humana (*Wesensmerkmal eines jeden Menschen*). Para muitos, essa escolha do “das mães e pais da Constituição”¹¹⁶⁰ representa uma resposta histórica e contundente ao período do Nazismo, no qual o desrespeito a essa essência, ligada à liberdade interna, foi prática reiterada e sistemática por parte do Estado.¹¹⁶¹

O mesmo pode ser dito dos Tratados internacionais que consagraram e concebem como absoluto o direito contra à tortura¹¹⁶² e contra à escravidão¹¹⁶³,

¹¹⁵⁸ ALEXY, 2015, op cit., p. 140.

¹¹⁵⁹ BOROWSKI, Martin, 2007, op. cit., p. 224.

¹¹⁶⁰ Tradução livre de: “Mütter und Väter des Grundgesetzes”, cf. BVerfGE 103, 142, 158.

¹¹⁶¹ Cf. GOOS, Christoph. Würde des Menschen: Restoring Human Dignity in Post-Nazi Germany, p. 193-209. In: GRIMM, KEMMERER, MÖLLERS. Human Dignity in Context. Baden-Baden: Nomos, 2018.

¹¹⁶² Cf. Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 12 August

1949, articles 3(1)(a) and (c), 27, 29, 31, 32, 147; Artigo 7o da International Covenant on Civil and Political Rights; 1989 Convention on the Rights of the Child, GA 44/25, article 37(a); 1953 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 3; 1978 American Convention on Human Rights article 5(2); 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights, article 5.; Rome Statute of the International Criminal Court, articles 7(1)(f) and (k), and 8(2)(a)(ii), (b)(xxi) and (c); Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, articles 2(b) and (c), and 5(f) and (i); Statute of the International Tribunal for Rwanda, articles 3(f) and (i), 4(a) and (e),

¹¹⁶³ International Convention to Suppress the Slave Trade and Slavery of 1926; Supplementary

como forma de a comunidade internacional expressar enfaticamente a proteção máxima garantida ao ser humano, de que ninguém será submetido à tortura ou escravidão, especialmente pelo reconhecimento histórico de práticas escravocratas durante o período colonial e neocolonial, além dos crimes de tortura frequentemente utilizados em guerras e disputas ao longo da história.

Logo, é legítimo – e certamente nada fútil – que um povo ou comunidade escolha atribuir um caráter inviolável a um direito, como forma de estabelecer um novo e categórico padrão ou barreira ao comportamento do Estado e seus agentes: uma resposta enfática às sombras de suas próprias histórias.

Disposições normativas de direitos fundamentais em uma Constituição não servem apenas e exclusivamente aos procedimentos de tomada de decisão ou às estruturas analíticas que a comunidade de interpretação e os profissionais do direito utilizam para lidar com as tensões entre valores ou interesses constitucionais em determinado caso concreto. Direitos fundamentais e humanos possuem, na caracterização de Habermas, faces de Jano (*Janus-faced*)¹¹⁶⁴, com duas faces orientadas, uma para trás e outra para frente; tanto para a realidade do direito como para as aspirações morais universais, ainda que utópicas, de resistência ao “depotismo, opressão e humilhação”:

“A tensão entre a ideia e a realidade que foi importada para a realidade em si, logo que os direitos humanos foram traduzidos em lei positiva, confronta-nos hoje com o desafio de pensar e agir realisticamente sem

Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956; The Universal Declaration of Human Rights states that “No one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms” (art. 4); The International Covenant on Civil and Political Rights²⁷ contains a prohibition against slavery and servitude in article 8; Article 7(2)(c) of the Rome Statute of the International Criminal Court characterizes “enslavement” as a crime against humanity Artigo 4º da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos.

¹¹⁶⁴ Jano (latim: Janus), da mitologia grega, é um “Deus ambivalente de dois rostos contrapostos, de origem indo-europeia, um dos deuses mais antigos de Roma. De deus dos deuses, criador bonacheirão, transformou-se em deus das transições e das passagens, assinalando a evolução do passado para o futuro, de um estado a outro, de uma visão a outra, de um universo a outro, deus das portas (...) Guardião das portas, que ele abre e fecha, tem por atributo a varinha do porteiro e a chave. O seu duplo rosto significa que ele vigia tanto as entradas como as saídas, que ele tanto olha para o interior como para o exterior, para direita e para a esquerda, para a frente e para trás, para cima e para baixo, a favor e contra.” Cf. CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. **Dicionário dos símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números.** Lisboa: Círculo de Leitores, 1997, p. 382.

trair o impulso utópico. Essa ambivalência pode nos levar facilmente à tentação de tomar uma atitude idealista, mas não comprometedora, em apoio aos exigentes requisitos morais, ou adotar a postura cínica dos chamados realistas.”¹¹⁶⁵

Nesse sentido, tanto como forma de respeitar às decisões dos legisladores constitucionais – representantes, ainda que imperfeitos da comunidade social –, de classificar expressa e formalmente, pela expressão de Hannah Arendt¹¹⁶⁶, uma promessa, como também para abarcar a realidade dos direitos fundamentais na sua análise estrutural, acredita-se que o posicionamento apontado por Alexy para conceber direitos fundamentais absolutos é o mais adequado.

Contudo, ele não explicita ou detalha um modelo pelo qual se daria o processo de aplicação no âmbito de restrição originada em um caso concreto desse direito fundamental considerado como absoluto, com duplo aspecto como regra e princípio. Contudo, assevera:

“embora a extensão e a força da vinculação ‘à lei’ na argumentação no âmbito dos direitos fundamentais seja limitada, ela existe. Isso não contradiz a teoria dos princípios. Como já foi demonstrado, as normas de direitos fundamentais têm um duplo caráter, como regras e princípios. Na medida em que o legislador constituinte tenha tomado decisões na forma de regras, elas são vinculantes, a não ser que seja possível introduzir razões constitucionais deficientes contra essa vinculação.”¹¹⁶⁷

Martin Borowski, todavia, parece apontar um caminho – ainda que negando-o – ao detalhar essa discussão sobre a absolutez de um direito

¹¹⁶⁵ Tradução livre de: “The tension between idea and reality that was imported into reality itself as soon as human rights were translated into positive law confronts us today with the challenge to think and act realistically without betraying the utopian impulse. This ambivalence can lead us all too easily into the temptation either to take an idealistic, but noncommittal, stance in support of the exacting moral requirements, or to adopt the cynical pose of the so-called realists.” In: HABERMAS, Jürgen. **The concept of Human Dignity and the realistic utopia of Human Rights**. The Author Journal compilation, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd, 2010, p. 478.

¹¹⁶⁶ Para Hannah Arendt, a Constituição seria um projeto aberto, inacabado, em construção: uma promessa. Contudo, como promessa, é vinculante nas suas disposições: “Todos os negócios políticos são e sempre foram transacionados dentro de um minucioso arcabouço de laços e obrigações para o futuro – como leis e constituições, tratados e alianças – derivando todos, em última instância, da faculdade de prometer e de manter a promessa face às incertezas intrínsecas do futuro. Além disso, um Estado em que não existe comunicação entre os cidadãos e onde cada homem pensa seus próprios pensamentos é, por definição, uma tirania.” (ARENDR, 2007, p. 212).

¹¹⁶⁷ ALEXY, op cit, p. 554.

fundamental, abordando a estrutura dos direitos fundamentais e as duas teorias relativas ao conteúdo essencial desses direitos: a relativa e a absoluta.¹¹⁶⁸ Borowski, ao analisar a disposição constitucional alemã do art. 19, inciso 2¹¹⁶⁹, argumenta por uma teoria relativa do conteúdo essencial de um direito fundamental, pela aplicação da regra da proporcionalidade em seu sentido mais amplo para determinar a essência de um direito fundamental no caso concreto em função de uma restrição.¹¹⁷⁰ Para ele, a teoria absoluta do conteúdo essencial de direitos fundamentais seria afastada, inclusive no direito à dignidade da pessoa humana, pois a regra expressa na dignidade da pessoa humana não teria “materialmente significado independente”, estando sempre sujeita ao sopesamento anterior dos princípios.¹¹⁷¹

Isso se daria especialmente em função da ausência de uma determinação autoritativa substantiva de um conteúdo essencial absoluto de um direito fundamental, inclusive no caso das regras criadas por sopesamento, que igualmente estariam abertas a um novo sopesamento posterior pela falta de uma determinação autoritativa.¹¹⁷²

Assim, constata-se que o problema central para uma rejeição do aspecto duplo de um direito absoluto não está na sujeição da dignidade da pessoa humana ao sopesamento, entendendo-a essencialmente como princípio. Para Borowski, estaria na falta de uma determinação autoritativa de seu conteúdo, quando especialmente expresso como regra.¹¹⁷³ Ou seja, é um problema de especificação do comando normativo. O fato de a Constituição alemã não definir ou especificar o conteúdo da regra da dignidade da pessoa humana, faz com que sua expressão como regra não apresente sentido substantivo.

¹¹⁶⁸ BOROWSKI, 2007, op. cit., p. 287-288.

¹¹⁶⁹ “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.”

¹¹⁷⁰ BOROWSKI, 2007, op. cit. p. 287.

¹¹⁷¹ Cf. Borowski: “Damit bleibt stets letztlich das grundrechtliche Prinzip und dessen Abwägung mit kollidierenden Prinzipien entscheidend, die Regel hat daneben materiell keine eigenständige Bedeutung.” In: op cit, p. 290.

¹¹⁷² Cf. Barowski: “Damit dürfte feststehen, daß mangels autoritativer Festsetzung eines absoluten Wesensgehalts die Wesensgehaltsgarantie gem. Art. 19 Abs. 2 GG im Sinne der Theorie vom relativen Wesensgehalt zu deuten ist.” In: BOROWSKI, 2007, op. cit., p. 290

¹¹⁷³ Cf. Barowski: “Mangels besonderer autoritativer Festsetzung bleibt diese Regel jedoch jederzeit insofern vorläufig, als besondere Umstände eine Überprüfung und gegebenenfalls Korrektur erfordern.” In: BOROWSKI, 2007, op. cit., p. 289.

Sem dúvida, essa explicação seria plausível se fosse considerado como fonte da determinação autoritativa somente o próprio texto da Constituição alemã. Todavia, como Alexy nos recorda, tanto precedentes como leis ordinárias validadas constitucionalmente podem ser fontes e base de fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, sendo possível se obter uma *rede de normas*¹¹⁷⁴, inclusive regras de decisão – ainda que com caráter *prima facie*, mas sempre devidas¹¹⁷⁵ –, relativamente abrangente e densa, onde cada nova decisão ou lei contribui para a uma maior densidade. Por isso, segundo Alexy, “com o envelhecer da jurisprudência constitucional, o recurso à ordem de valores fica cada vez mais raro”.¹¹⁷⁶

Ainda, tanto para os casos do direito contra tortura ou escravidão previstos como absolutos em tratados internacionais como também para o caso de análise no presente capítulo, da norma constitucional da absoluta prioridade do Artigo 227 da CF, que detalha em leis ordinárias e em precedentes alguns dos conteúdos dessa norma, há previsões expressas de definições e detalhamento substantivo, por precedentes ou normas expressas, de regras definitivas, relativas aos direitos previstos como absolutos.

Nesse sentido, pela concepção do aspecto duplo dos direitos fundamentais considerados absolutos, pode-se conceber e desenvolver para aplicação desses direitos um modelo, que ao ser concebido como regra e princípio, preserve sua absolutez atribuída expressamente pelos textos normativos, sem ferir os fundamentos basilares da teoria dos princípios, permitindo o acolhimento tanto moral responsável, como jurídico dogmático consistente das tensões entre o vital e utópico mundo das ideias e as justas e concretas demandas da realidade.

4.2.3. Modelo de aplicação do direito fundamental considerado expressamente como absoluto

¹¹⁷⁴ A rede de normas seria a base da argumentação no âmbito dos Direitos fundamentais, formada por categorias que também conformam a argumentação juridical geral: lei, precedente e dogmatica. Cf. ALEXY, 2015 op. cit., p. 551.

¹¹⁷⁵ Ibid., p. 153.

¹¹⁷⁶ Ibid., p. 558.

Nesse sentido, com base no próprio modelo proposto por Alexy, da possibilidade do duplo aspecto de um direito fundamental, como regra e princípio, defende-se que direitos fundamentais considerados expressamente como absolutos pela norma constitucional são, portanto, regras com comandos definitivos, com possibilidade – em última instância e na falta de atividade legislativa suficiente – de igualmente se expressar como princípio e, portanto, sopesável, mas sempre com um peso abstrato grande e visando, como resultado deste possível sopesamento, a reconstrução de uma nova regra para integrar a rede de normas de interpretação.

Esse modelo permite uma abordagem racional em um embate argumentativo de razões e contrarrazões¹¹⁷⁷, acolhendo, por um lado, as razões do caráter propenso ao absoluto de um direito, mas reconhecendo, por outro, que na realidade fática das difíceis e desafiadoras decisões judiciais, esses direitos possam ser casuisticamente restringidos, ainda que apresentem grande peso abstrato e que o objetivo dessa decisão seja a sua reconstituição como regra definitiva.

Todavia, essa possibilidade de restrição gerada após um sopesamento, não diminui a integridade ou vinculação¹¹⁷⁸ do direito considerado expressamente como absoluto, mas apresenta uma reconstituição de novas regras no seu feixe normativo, aumentando, assim, a densidade da rede de normas interpretativas desse direito.

Assim, para sua aplicação no caso concreto, pode-se utilizar um modelo advindo do posicionamento do aspecto duplo desses direitos, por uma aplicação sequencial e escalonada com precedência para as regras categóricas antes dos princípios e com preferência para resolução na regra da proporcionalidade para necessidade e adequação, antes da proporcionalidade em sentido estrito, onde reside verdadeiramente o sopesamento e relativização do direito pela proporcionalidade.

Alexy já havia previsto a primazia relativa do plano de regras sobre o plano de princípios:

“A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o

¹¹⁷⁷ Ibid., p. 516.

¹¹⁷⁸ Ibid., p. 518.

nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado.”¹¹⁷⁹

Isso significa que os direitos expressamente considerados como absolutos pelo texto normativo constitucional serão analisados inicialmente e exaustivamente na sua condição como regra, buscando sua aplicação por subsunção, pela verificação das especificações substantivas de seus comandos normativos contidos em toda “rede de normas” formada tanto pela própria Constituição, pelas leis ordinárias validadas constitucionalmente, quanto pelos precedentes do Tribunal constitucional, em um esforço enumerativo e especificador *dworkiano*¹¹⁸⁰, mas focado nas regras.

Aplica-se, ainda, nesse esforço inicial de subsunção das regras existentes nessa rede de normas, a interpretação constitucional possibilitada pelos métodos de interpretação já desenvolvidos pelas teorias constitucionais. O próprio Borowski, ao analisar a afirmação de que a teoria dos princípios seria um “ponto zero da dogmática” (*Nullpunkt der Dogmatik*), afirma a necessidade de, antes de se utilizar o sopesamento, aplicar o rico e importante instrumento dos cânones de interpretação já desenvolvidos pela dogmática constitucional¹¹⁸¹: o gramático, lógico, histórico e sistemático, segundo Savigny¹¹⁸², acrescidos, ainda, pelo teleológico.

Se não for possível, ainda, a resolução do caso, abre-se a possibilidade da expressão da norma como princípio e, portanto, da aplicação da regra da proporcionalidade, com foco inicial da verificação da necessidade e adequação, as quais não envolvem sopesamento.

¹¹⁷⁹ Ibid., p. 141.

¹¹⁸⁰ DWORKIN, op. cit., p. 24-26.

¹¹⁸¹ “Zur Ermittlung der Festsetzungen in Wortlaut der Verfassung und Wille des Verfassungsgebers kommt das gesamte, reich entwickelte Instrumentarium der canones der Auslegung zur Anwendung. Diese vielfältigen grundrechtsdogmatischen Vorgaben werden mit der These vom ‚Nullpunkt der Dogmatik‘ gänzlich übersehen. Wo diese grundrechtsdogmatischen Festsetzungen enden, beginnt der Bereich, in dem Abwägungen vorzunehmen sind. Insofern kann man sagen, die Abwägung fülle die Lücken, welche die dogmatischen Festsetzungen lassen. Die Rede von einer Auflösung Grundrechtsdogmatik geht an der Prinzipientheorie der Grundrechte vorbei.” In: BOROWSKI, 2007, op. cit., p. 131.

¹¹⁸² VON SAVIGNY, Friedrich Carl. **System des heutigen Römischen Rechts.** § 33, A: Auslegung der Gesetze. Berlin, 1840, p. 213.

Sendo necessário recorrer à proporcionalidade em sentido estrito, o campo do sopesamento, o direito considerado absoluto mantém, ainda, um peso abstrato muito grande, o que, na prática, resulta quase sempre em sua prevalência, sendo afastável apenas quando o princípio colidente apresentar uma contrarrazão tão ou mais intensa. Ainda, o ônus argumentativo desse sopesamento é muito maior, devendo ser acompanhado de perto por toda a comunidade de intérpretes, ou, até mesmo, pela ampliação dessa comunidade pela participação plural de atores diversificados, interessados ou afetados pela discussão, como será abordado mais adiante pela necessidade do sopesamento de casos que envolvam crianças ter expandido sua comunidade de intérpretes e tomadores de decisão, como será verificado no próximo e último capítulo da presente tese.

Nesse sentido, a aplicação do juízo de proporcionalidade por meio do sopesamento é vista apenas como *ultima ratio* para argumentação e fundamentação de decisão que envolva o direito fundamental, considerado absoluto em casos difíceis (*hard cases*), o que encontra-se em consonância com a proposta inicial da própria teoria dos princípios.

Aqui, faz-se importante retomar o porquê histórico do desenvolvimento da teoria dos princípios. Fundamentada no problema de justificação de casos difíceis (*hard cases*) no conflito entre direitos fundamentais, apontada também por Dworkin, a proporcionalidade – ferramenta inicialmente utilizada no direito privado, começou a ser utilizada no direito público alemão no final do século XVIII e, posteriormente, aplicada a direitos tidos à época como naturais por Otto Mayer e Günther Heinrich von Berg¹¹⁸³ – foi apresentada, ou verificada, em decisões do Tribunal Constitucional alemão como proposta para argumentação e justificação racional de casos de restrição de direitos fundamentais, até então vistos majoritariamente como irrestritivos, o que gerou um amplo debate teórico-jurisprudencial pós-2ª Guerra Mundial. A inteligente e fundamentada resposta oferecida por Alexy e sua teoria dos princípios foi a separação das normas entre regras e princípios, pela qual direitos fundamentais seriam, essencialmente,

¹¹⁸³ COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. **American balancing and German proportionality: The historical origins**. I•CON, 2010, v. 8 n. 2, 263–286. Oxford: Oxford University Press, p. 273.

princípios e, portanto, mandamentos de otimização sujeitos à regra da proporcionalidade e ao sopesamento.

Todavia, é importante destacar que, apesar das atuais pretensões universalistas da proporcionalidade e demandas de que ela seria parte estrutural ou natural dos direitos fundamentais, a teoria da proporcionalidade, especialmente a parte relativa ao sopesamento, não é utilizada e aplicada sempre e em qualquer caso que envolva direito fundamental, e, por isso, nem todo caso de coalisão de direitos fundamentais se resolve por sopesamento, mas também por regras ou princípios formais. Ela não é o ponto zero da dogmática de direitos fundamentais, mas é um importante instrumento de racionalização das justificativas decisórias, especialmente em conflitos de direitos fundamentais.

Assim, tal qual na proposta especificadora de José Juan Moreso, que avalia formas de resolução de conflitos entre direitos fundamentais baseadas tanto no proporcionalismo ou no especificacionismo, o sopesamento seria somente um dos passos para a decisão de um caso, mas não o único. Para Moreso, seriam cinco os passos: (i) delimitação do universo normativo do problema; (ii) identificação das regras e princípios aplicáveis; (iii) avaliar casos paradigmáticos, reais ou hipotéticos, referente ao universo normativo delimitado; (iv) identificação das propriedades relevantes do universo discursivo; e (v) formulação de regras que possam inequivocamente resolver todos os casos do universos discursivo.¹¹⁸⁴

No mesmo sentido, Laura Clérico, ao responder às críticas acerca da indeterminação da proporcionalidade e ao desenvolver a ideia de demarcações (*deslindes*) no teste de proporcionalidade, entende que inúmeros casos concretos de conflito de direitos podem ser resolvidos por meio de regras ou por meio da avaliação de adequação e necessidade da regra de proporcionalidade que não envolve sopesamento, uma vez que este diz respeito somente à uma parte da proporcionalidade em sentido estrito e que, ainda sim, está orientado por regras.¹¹⁸⁵

Nesse sentido, muitos casos envolvendo direitos considerados absolutos

¹¹⁸⁴ MORESO, J. **Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights**. Ratio Juris, 25, 2012, p. 39-41.

¹¹⁸⁵ Cf. CLÉRICO, Laura. **Examen de proporcionalidad y objection de indeterminación**. AFD, 2015 (XXXI), pp. 73-99.

podem ser resolvidos no âmbito da subsunção de regras, por meio de comandos definitivos já previstos pelo legislador. Ainda, mesmo quando a falta de atividade legislativa no detalhamento desses comandos, permita que a proporcionalidade seja aplicada, a avaliação inicial de sua adequação ou necessidade, que não envolvem sopesamento, permite muitas vezes a resolução do caso, não desnaturando, assim, a caracterização da norma como absoluta. Por fim, ainda que seja utilizado o sopesamento, o peso abstrato desse direito fundamental é tão grande que, apesar de sopesável, ele, na prática, tende a sempre prevalecer.

Ainda, pode-se sustentar que um direito fundamental considerado como absoluto ser passível de sopesamento, na sua expressão como princípio, teria a finalidade de ser reconstituída novamente como regra geral e inequívoca para resolução de todos os casos do universo discursivo apresentado pelo caso concreto, como propõe o próprio Alexy, chamando-a de norma adscripta ou um sistema diferenciado de regras.¹¹⁸⁶ Ou seja, o sopesamento seria um forma de aumentar e garantir o repertório e densidade da rede normativa de regras do próprio direito absoluto.¹¹⁸⁷

Assim, conclui-se que o esforço central para um modelo de aplicação de um direito absoluto é a reconstrução constelar da rede normativa formada pelas disposições de regras e princípios aplicáveis ao caso, bem como dos precedentes, com uma relação de precedência na aplicação das regras sobre os princípios, estes últimos aplicados, por sopesamento somente como *ultima ratio* e após verificado todos os elementos da adequação e necessidade. Ainda sim, o sopesamento seria feito com vistas à formulação de novas regras que possam inequivocamente resolver todos os casos do universo discursivo apresentados nos casos concretos, tanto pela própria decisão judicial como pelo diálogo institucional entre o Judiciário e Legislativo.

Exemplo disso seriam os casos relativos à violação do direito de não ser torturado, prevista no art. 5º da Declaração Universal de Direitos Humanos, no art.

¹¹⁸⁶ ALEXY, 2015, op. cit., p. 108.

¹¹⁸⁷ Analogamente, pode-se pensar esse processo como a aprendizagem por reforço de algoritmos de inteligência artificial que se utilizam das decisões feitas em processos e decisões anteriores para conformar um maior repertório de estratégias, tornando cada jogo ou decisão mais eficiente conforme o passar do tempo.

7º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, na própria Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e no art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Com detalhamentos específicos do conteúdo e significado do direito de não ser torturado¹¹⁸⁸, Cortes regionais de direitos humanos, como a Corte Europeia, e os Comitês de Tratados da ONU, utilizam-se das disposições dos tratados internacionais e de suas próprias jurisprudências, em uma rede de normas, para decidir os complexos casos que recebem, reforçando o conteúdo absoluto desta disposição de direitos humanos e fundamentais.

Contudo, analisando o caso *Chahal v The United Kingdom*, da Corte Europeia de Direitos Humanos¹¹⁸⁹, no qual a corte determinou que a aplicação do art. 3º da Convenção Europeia é “igualmente absoluta em casos de expulsão”¹¹⁹⁰, “não sendo possível qualquer sopesamento”¹¹⁹¹, Klatt e Meinster defendem a importância do sopesamento para clarificar os fundamentos da decisão, apontando que se a Corte tivesse aplicado a regra da proporcionalidade, o resultado seria o mesmo, mas possibilitando “uma explicação mais racional dos conflitos de direitos, do que a consideração bastante direta da doutrina da *absolutez*”¹¹⁹².

Essa defesa intransigente de Klatt e Meinster, típica de um posicionamento da teoria pura dos princípios, parece não admitir uma outra forma de justificação racional de uma decisão que não seja pela aplicação da regra da proporcionalidade

¹¹⁸⁸ Especialmente art. 1º Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis: “Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.”

¹¹⁸⁹ O caso consistia no pedido realizado pelo governo do Reino Unido de deportação para Índia de Mr. Chahal, separatista Sikh, que vive no Reino Unido desde 1970 e acusado de participar no planejamento de um susposto atentado ao primeiro ministro indiano e, por isso, representaria uma ameaça à segurança nacional do UK.

¹¹⁹⁰ ECtHR, *Chahal v UK*, 1996, p. 79.

¹¹⁹¹ *Idem*, p. 81.

¹¹⁹² Tradução livre de: “gives rise to a more rational account of conflicts of rights than does the rather straightforward account of the doctrine of absoluteness” (KLATT; MEINSTER, *op. cit.* p. 38).

e do sopesamento. Parece não considerar a extensa e racional justificação feita pela Corte com base em jurisprudências anteriores e em outros tratados ou decisões de órgãos de direitos humanos do sistema ONU, que são claros em afirmar a aplicabilidade do art. 3º em casos de expulsão para locais com ameaça de tortura.¹¹⁹³

Apesar da sofisticação decisória possibilitada pela aplicação do sopesamento e da fórmula do peso, conforme demonstrado por Klatt e Meinster como exemplo para este mesmo caso¹¹⁹⁴, o uso das normas e jurisprudência já existentes permitiram uma resolução racionalmente satisfatória por parte da Corte, ainda que o que estava realmente em disputa – o fato de se mr. Chantal iria ou não sofrer tortura na Índia –, não é passível de cognição completa tanto pelos cânones ou pela proporcionalidade, pois ser parte de uma realidade fática futura e indeterminada.

Assim, entende-se, diferentemente de Klatt e Meinster, que manter a absolutez do direito humano de não ser submetido à tortura, como norma de natureza de regra, é um esforço importante do aplicador do direito, para manter coesa a vontade original das comunidades na elaboração das leis ou tratados internacionais.

Entretanto, conforme já abordado, na falta de disposições específicas e detalhadas ou de jurisprudência sobre algum tema envolvendo tortura, poderia ser utilizada o sopesamento como estrutura analítica, mas como forma de seu resultado ser constituído como regra, conforme o modelo apresentado aqui.

O modelo de caráter absoluto de um direito fundamental acolhe, portanto, igualmente as duas variáveis tidas como importantes pelos teóricos absolutistas e de uma teoria pura dos princípios: especificação dos comandos normativos da regra da norma absoluta e alto ônus argumentativo para o princípio da norma absoluta, que, ao ser sopesado, deve ser reconstituído como regra geral e abstrata, adensando a rede de normas dessa norma absoluta.

Essa proposição baseia-se na fundante ideia da teoria dos princípios de

¹¹⁹³ ECtHR, *Chahal v UK*, 1996, p. 19.

¹¹⁹⁴ KLATT; MEINSTER, *op. cit.*, p. 34-36.

duplo caráter das normas de direitos fundamentais entre regras e princípios, sugerindo que, no caso de direitos considerados expressamente absolutos pela constituição ou tratados internacionais, seja dada primazia, de forma mais rígida possível, às regras, por meio de um esforço ainda maior para resolver o caso por meio de suas disposições. Isso exige por outro lado, que as regras tenham comandos normativos bem especificados, claramente redigidos, atentas às boas práticas da legística¹¹⁹⁵, o que demanda uma melhor atuação por parte do Legislativo em um diálogo institucional constante com o Judiciário.

Por isso, ressalta-se que atribuir a um direito fundamental uma dimensão de regra, não significa dar discricionariedade irrestrita ao aplicador da lei no uso ou subjetividade de interpretação essa lei. Como bem lembra Alexy, regras são válidas ou não e devem ser aplicadas por subsunção, o que exige uma elaboração de normas com comandos normativos claros e específicos, para que possam ser aplicadas sem dúvida no caso concreto e na cobrança ou o impedimento de determinado comportamento dos agentes envolvidos.

Assim, para resolução de casos concretos que envolvam direitos considerados expressamente absolutos, faz-se necessário o uso de uma constelação analítico-interpretativa das normas, regras e princípios, que compõem o feixe de posições e funções desse direito fundamental, conforme será apresentado no próximo capítulo.

4.3. A prioridade absoluta da criança, seus direitos e melhor interesse: regra definitiva e princípio com grande peso abstrato

Todo o esforço empreendido nos capítulos anteriores foi para demonstrar os fundamentos, os conteúdos e a grave importância dada pela jurisprudência à disposição constitucional que determina ao Estado, sociedade e famílias o dever de assegurar com absoluta prioridade à criança seus direitos fundamentais e seu melhor interesse.

¹¹⁹⁵ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. São Paulo: Verbo, 2007.

Já no presente capítulo, foi possível detalhar que a teoria dos princípios pode igualmente comportar o entendimento de direitos fundamentais determinados expressamente pelas comunidades sociais e legislativas em suas Constituições ou tratados internacionais como absolutos. Isso é possível pelo posicionamento da natureza de duplo aspecto dos direitos fundamentais, os quais podem se expressar como regra e princípio.

É, portanto, nesse mesmo sentido que pode ser analisada a estrutura normativa da disposição constitucional da absoluta prioridade à criança prevista pelo Artigo 227. Sob a luz da teoria dos princípios e do modelo de duplo aspecto dos direitos fundamentais, pode-se concluir que o direito fundamental da criança à prioridade é, inicialmente, uma regra definitiva, mas podendo também se expressar, com menos frequência, como princípio com grande peso abstrato.

Em sua expressão como regra ou como princípio com peso abstrato muito grande, o direito fundamental da criança à prioridade – especialmente em seu sentido amplo e como razão de segunda ordem –, possui como efeito o entendimento de que em todos os casos concretos em que uma criança estiver envolvida, o que se deve buscar em primeiro lugar é a satisfação de seus direitos e melhor interesse.

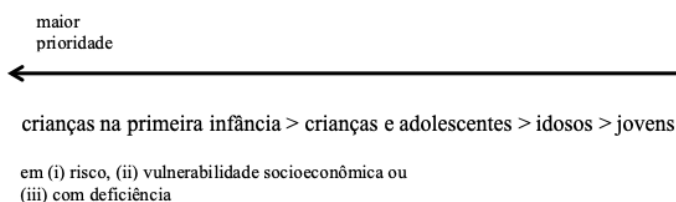
Essa regra é resultado do sopesamento do próprio constituinte, que chegou à conclusão de que são tantos os casos em que a garantia da primazia dos direitos fundamentais de crianças e seu melhor interesse deve possuir precedência, que foi possível estabelecer essa relação como regra na Constituição.

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, esse entendimento está de pleno acordo com a vontade da comunidade social que apresentou a emenda popular durante a Constituinte e do constituinte que acolheu a proposição e deu a redação final ao Artigo 227.

Entretanto, segundo o modelo do duplo aspecto, direitos fundamentais considerados absolutos apresentam-se, igualmente, como princípio. Todavia, ainda que possa ser expresso igualmente como princípio, o seu peso abstrato é tão grande, que, na prática, o resultado é, geralmente, a precedência do direito considerado absoluto.

No caso da norma da absoluta prioridade, a sua expressão como princípio pode ser observada em casos de colisão de direitos fundamentais em que ambas as partes sejam crianças ou indivíduos que possuam prioridade garantida por lei, como o jovem ou idoso.

Para casos como esses, pode ser utilizado o modelo interseccional de escalonamento de prioridades apresentado no item 3.2.2.2 do capítulo 3, que propõe a seguinte precedência com base nas disposições das próprias legislações:



Ainda, o mesmo pode ocorrer em situações em que o direito fundamental conflitante com o direito à prioridade da criança seja de um adulto que não tenha prioridade prevista na legislação, como os jovens ou idosos.

Para tanto, aplica-se a regra da proporcionalidade, mas garantindo aos direitos fundamentais da criança – especialmente da criança com deficiência, durante a primeira infância e em situação de risco e vulnerabilidade – um peso abstrato muito maior. Assim, as contrarrazões apresentadas pelos direitos fundamentais conflitantes de outro indivíduo devem ser muito maiores para afastar essa prioridade, o que pode ser demonstrado racionalmente pela aplicação da fórmula do peso.

Por exemplo, em um caso hipotético, em que haja uma contaminação em massa da água de determinada cidade, as crianças possuem, como regra, prioridade absoluta no socorro e tratamento de saúde pelos serviços públicos ou privados. Contudo, se na fila de espera de determinado hospital ficar demonstrado que um idoso ou adulto corre maior risco por ter ingerido maior quantidade de água contaminada e, ao mesmo, ficar comprovado que as crianças ali presentes possam esperar atendimento de saúde posterior, esse adulto pode ser atendido com

precedência.¹¹⁹⁶

Assim, destacado o entendimento de que o direito fundamental da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, é regra com aplicação em todos os casos em que crianças estão envolvidas ou, em alguns casos, princípio com grande peso abstrado tendente à precedência, a pergunta central a ser enfrentada, por fim, é “Como, em determinado caso concreto, o melhor interesse da criança e sua efetiva proteção podem ser encontrados?”.

Em muitos casos, especialmente pela falta ou ineficiência legislativa, a racionalidade e a segurança jurídica do processo de fundamentação decisória podem ficar comprometidas se não há especificação suficiente na rede de normas de como se atingir o melhor interesse da criança e a defesa, proteção ou promoção dos seus direitos em um caso concreto.

Nesse sentido, as maiores dúvidas com relação o dispositivo constitucional da prioridade absoluta da criança como regra não diz respeito a esse objetivo, de colocar as crianças, seus direitos e melhor interesse em primeiro lugar invariavelmente, mas sim à forma de se chegar a esse objetivo ou satisfação desse direito fundamental da criança.

Ou seja, a dúvida maior em conflitos no Sistema de Justiça em casos que envolvam crianças para a proteção dos direitos fundamentais de crianças é a forma pela qual esses direitos devem ser protegidos; é, portanto, a especificação do melhor interesse da criança no caso concreto.

Essa inteterminação do conceito do melhor interesse da criança em casos concretos – especialmente pela omissão legislativa ou pela grande diversidade de

¹¹⁹⁶ Conforme a fórmula do peso, a aplicação da regra da prioridade absoluta e sopesamento seria feita da seguinte forma. O direito da criança ao atendimento prioritário de saúde (Pi) está ameaçado de ser restringido por ação de agente estatal em hospital público que quer garantir ao adulto a precedência de atendimento, garantindo o seu direito à saúde (Pj). Em função do direito à prioridade absoluta *prima facie* da criança, o Ij é considerado sério (s), mas observa-se por uma análise ambulatorial que a criança pode esperar mais um dia, o que pode qualificar o Ii como levemente séria (sm), ou seja, Ii = sm. Por outro lado, há um adulto que, apesar de ter sofrido com a mesma contaminação, apresenta sintomas mais graves por avaliação ambulatorial, em função de condições precárias de saúde pré-existentes à contaminação. Assim, seu Ij poderia ser classificado como sério (s), qualificado pela necessidade de tratamento imediato (s), tornando Ij = ss. Assim, Pj, o direito do adulto à saúde, ganha precedência sobre Pi, o direito da criança à prioridade de atendimento no serviço de saúde, possibilitando que o hospital público trate primeiro o adulto e, logo após, a criança.

situações da realidade fática, conforme já abordado no item 3.1 do capítulo 3 –, pode trazer inseguranças jurídicas e até mesmo a dúvida se a medida de intervenção do Estado utilizada realmente defende, protege ou promove os direitos da criança.

Exemplo claro disso são os casos de intervenção do Estado na família para a suspensão ou destituição do poder familiar, os quais, em função da amplitude conceitual dos dispositivos do CC e do ECA, permitem uma ampla discricionariedade ou subjetividade da atividade jurisdicional.

Assim, como forma de se explorar um possível modelo para a definição do melhor interesse da criança em casos concretos, especialmente os que não possuem clareza ou apresentem insuficiência da atividade legislativa, será feita no próximo capítulo a análise do caso da suspensão ou destituição do poder familiar. Será sugerido como modelo uma constelação analítico-interpretativa do melhor interesse da criança nesses casos, por meio do sopesamento de seus direitos fundamentais em colisão no seu próprio universo normativo, mas também pela aplicação deste sopesamento por uma comunidade de intérpretes plural e abrangente de posicionamentos e opiniões, inclusive da própria criança.

Ainda que o sopesamento, no âmbito da teoria dos princípios, seja aplicado no processo constitucional com relação a direitos fundamentais, o processo de irradiação ou constitucionalização do direito constitucional permite o uso dessa estrutura analítica no âmbito de casos no direito civil, como nos casos de destituição ou suspensão do poder familiar, uma vez que o objetivo central da aferição do melhor interesse da criança é saber qual dos seus direitos fundamentais em conflito deve prevalecer.

5. A AFERIÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: O CASO DA SUSPENSÃO OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Muitos casos concretos que envolvem crianças e seus direitos – especialmente relativos a conflitos no âmbito familiar, como disputa de guarda, suspensão ou destituição do poder familiar – são demarcados por incertezas múltiplas sobre qual é a melhor resolução e encaminhamento, tanto pela complexidade e sensibilidade das realidades fáticas como pela impossibilidade de se aferir com grande grau de certeza qual o melhor interesse da criança no caso concreto.¹¹⁹⁷

Tomadores de decisão no âmbito do Sistema de Justiça – como conselheiros tutelares, promotores, defensores, advogados, magistrados e suas equipes técnicas – são premidos pela necessidade de cumprir o dever constitucional de assegurar com a absoluta prioridade os direitos fundamentais e melhor interesse de crianças, colocando-as a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Contudo, nessa árdua tarefa, eles são frequentemente angustiados pela incerteza e pela responsabilidade diante da gravidade de suas decisões, muitas vezes orientadas menos por normas jurídicas e mais pela “intuição”, “medo ou precaução”¹¹⁹⁸, conforme avalia a juíza de direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Fabrícia Alcantara Mondin em sua obra acerca da construção da decisão judicial nas ações de destituição do poder familiar.

Ainda, há aqueles que, imbuídos de uma certeza subjetiva baseada em visões ou ideologias individuais, acabam por desempenhar uma intensa intervenção Estatal no âmbito das famílias – gerando fortes oposições por elas e pelas próprias crianças – e sem igualmente encontrar parâmetros claros ou compartilhados para aferição se tal decisão cumpre o melhor interesse da criança e a defesa, proteção e promoção dos seus direitos fundamentais.

¹¹⁹⁷ MONDIN, op. cit., p. 134.

¹¹⁹⁸ Ibid., p. 148.

Tais dilemas vividos cotidianamente no âmbito de processos que envolvem crianças tanto nas Varas de Família, como nas Varas de Infância e Juventude, apresentam perguntas fundamentais para a efetivação dos direitos fundamentais de crianças: como pode ser determinado o melhor interesse da criança em um caso concreto? Qual a melhor forma de se chegar a ele? Quem deve decidir o seu melhor interesse? São os pais ou responsáveis legais, titulares do poder familiar? São as crianças, pela expressão de seus desejos e opiniões? São os agentes da sociedade, pelo dever constitucional de zelar por todas as crianças, inclusive por meio do Conselho Tutelar, órgão da sociedade civil? Ou são somente os agentes do Estado, especialmente os magistrados, aqueles investidos do poder jurisdicional para a determinação da devida e justa tutela jurisdicional?

Inicialmente, poderia ser afirmado que a própria atividade legislativa já traz respostas a essas perguntas. A lei definiu expressamente, por exemplo, qual é o melhor interesse da criança em casos como: a necessidade de matrícula obrigatória da criança em uma instituição de ensino regular (do art. 55 do ECA), proibindo indiretamente o ensino domiciliar, para o atendimento dos direitos fundamentais da criança à educação e à convivência comunitária; a obrigatoriedade da vacinação (art. 14, § 1º do ECA), para satisfazer o direito da criança à saúde e da coletividade de crianças para controle de saúde pública; a educação e cuidado livres de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante (art. 18-A do ECA), para efetividade dos direitos fundamentais da criança à vida, saúde, dignidade e respeito.

Ainda, igualmente poderia ser concluído que o legislador também detalhou a competência dos responsáveis pelas decisões e aferições desse melhor interesse, como: os conselheiros tutelares, com atribuições estipuladas no art. 136 do ECA e seus incisos, como encaminhar ao Ministério Público ou à autoridade judiciária os casos de sua competência; os magistrados das Varas de Infância e Juventude (VIJ), com suas competências decisórias definidas pelos artigos 148 e 149 do ECA; os profissionais da equipe técnica interprofissional, como psicólogos e assistentes sociais, que receberam a competência pelo art. 151 do ECA, de fornecer subsídios à autoridade judiciária para as tomadas de decisão.

Contudo, nem mesmo todo esse arcabouço normativo já realizado pela

atividade legislativa de definição expressa do melhor interesse da criança em alguns temas e casos ou, ainda, nem mesmo toda regulação já feita das competências e medidas de proteção dos agentes do Sistema de Justiça foi capaz de fornecer todos os elementos necessários para uma resolução considerada satisfatória diante da variedade e complexidade de casos que envolvem crianças e adolescentes. A realidade e a diversidade da vida possuem dificuldade de serem condensadas e prevista totalmente por normas gerais e abstratas.

Assim, é muito comum, no âmbito das VIJs e também das Varas de Família, a prevalência da incerteza e insegurança dos tomadores de decisão sobre qual o melhor interesse da criança. Muitos desses casos podem ser encontrados no âmbito de processos de suspensão ou destituição do poder familiar, os quais são permeados por disputadas, tanto de interpretação e extensão da legislação e conceitos jurídicos existentes como do entendimento de qual o melhor encaminhamento material – permanência na família, família acolhedora, acolhimento institucional ou adoção – a ser dado no caso concreto para a criança e todos aqueles envolvidos no caso.

Constata-se corriqueiramente nos casos que buscam a aferição do melhor interesse da criança, a presença de uma alta discricionariedade por parte dos profissionais do Sistema de Justiça em sua análise e na própria tomada de decisão, conforme já analisado em capítulos anteriores sobre o conteúdo e história desse instituto.

Buscando parâmetros para a redução da discricionariedade judicial, Mondin conclui em seu trabalho com base no estudo das teorias da decisão que “a discricionariedade não pode ser enfrentada como um fato a ser eliminado, pois, mesmo que indesejável para a chamada ‘segurança jurídica’, ela existe e é inevitável. Por outro lado, a discricionariedade pode ser limitada, mediante a adoção de mecanismos que permitam o controle da racionalidade dos argumentos utilizados na decisão judicial”¹¹⁹⁹.

Contudo, apesar de sugerir a adoção de uma “teoria complexa”, a juíza e autora não apresenta a forma de aplicação desse modelo complexo “que permite o controle de racionalidade dos argumentos utilizados pelo julgador”, apenas se

¹¹⁹⁹ Ibid., p. 182.

limitando a ressaltar a importância de ser considerado o uso combinado “dos mecanismos de subsunção, de ponderação de princípios, de análise de políticas públicas, de investigação do contexto histórico-cultural da comunidade e de avaliação de possíveis resultados, de forma conjunta, além de amparar-se no conhecimento interdisciplinar” para conceber e integrar os “elementos da realidade social, política, cultural e econômica” que interferem, em menor ou maior intensidade, na decisão judicial.¹²⁰⁰

O presente capítulo apresenta para esse debate um possível modelo para atribuir maior racionalidade na justificação decisória para aferição do melhor interesse da criança, inspirado na aplicação da proporcionalidade e sopesamento com base na teoria dos princípios de Alexy.

Será apresentado como hipótese a aplicação da regra de proporcionalidade no próprio universo normativo da criança e de seus interesses, como decorrência do próprio direito fundamental à absoluta prioridade. Nesse sentido, busca-se a verificação de qual direito fundamental da criança em colisão possui precedência sobre o outro. Por fim, será destacado a necessidade desse sopesamento ser conduzido e realizado por uma comunidade plural de intérpretes, inclusive, composta pela própria criança e seus familiares, em uma gestão compartilhada do conflito e de sua decisão por diferentes atores, não somente o magistrado.

Para verificação de sua aplicação, serão utilizados dois casos fictícios relativos a processos de suspensão ou destituição do poder familiar. Entretanto, antes da apresentação do modelo, será feito, de forma breve e sem pretensões de esgotamento, mas especialmente com o intuito de favorecer novos estudos e reflexões futuras, a discussão de quatro dimensões jurídicas, ou de gestão e estrutura do Sistema de Justiça, que impactam no devido processo jurisdicional de avaliação do melhor interesse da criança nos casos concretos: 1. a indefinição e ampla abrangência dos conceitos de negligência, abandono e cuidado; 2. a necessidade de formação profissional, estrutura e recursos adequados no Sistema de Justiça; 3. a importância de processos deliberativos acessíveis, sensíveis, inclusivos e compartilhados; 4. a necessidade de um ecossistema plural de políticas públicas

¹²⁰⁰ Ibid., p.183.

para crianças sem cuidado parental, com foco na família acolhedora.

5.1. A indefinição e ampla abrangência dos conceitos de negligência, abandono e cuidado parental

A suspensão ou destituição do poder familiar são casos de extrema relevância, pois representam uma das maiores e mais graves intervenções do Estado nas famílias para a proteção dos direitos da criança: a retirada da criança do convívio familiar temporária ou definitivamente.

Segundo dados de 2013, de pesquisa realizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da inspeção de promotores de justiça da infância em instituições de acolhimento, foi constatado que os principais motivos para o acolhimento institucional são: negligência dos pais e/ou responsáveis (mais de 80%); dependência química/alcoolismo dos pais e/ou responsáveis (mais de 80%); abandono dos pais e/ou responsáveis (em torno de 77%); violência doméstica; (próximo a 60%); e abuso sexual praticado pelos pais e/ou responsáveis (em torno de 45%).¹²⁰¹

Todos os fundamentos utilizados para a decretação da suspensão ou destituição do poder familiar e, assim, o acolhimento institucional são relacionados, em menor ou maior grau, ao conceito de maus-tratos, que, apesar da falta de definição legal ou doutrinária, pode ser caracterizado por duas práticas: o abuso, uma ação que resulta em dano ou viola intencionalmente direitos de crianças, como sua integridade física, psíquica, sexual ou moral; ou a negligência, uma omissão que igualmente resulta em dano ou violação de direitos de crianças.

Como pode ser observado, mais de 80% dos casos de suspensão ou destituição do poder familiar foram baseados no fundamento da negligência parental e/ou abandono. São, portanto, mais de 38 mil crianças afastadas do convívio familiar com fundamento no conceito de negligência e/ou abandono.

Contudo, o termo “negligência”, apesar de usual nos processos de

¹²⁰¹ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 71/2011: **Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013, p. 43.

suspensão ou extinção do poder familiar, não tem menção expressa nos dispositivos que versam sobre o poder familiar, tanto no CC, como no ECA. Ele aparece apenas de forma genérica no art. 5º do ECA, que determina que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência”.

Os termos utilizados para as hipóteses de suspensão (art. 1.637 CC) do poder familiar relacionados à conduta parental são: “abusar de sua autoridade”; “faltando aos deveres a eles inerentes”; “arruinando os bens dos filhos”. Já os termos para definir as causas de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.638 CC) também relacionados à avaliação do comportamento parental, com exceção daqueles ligados a prática de crimes contra outrem titular do mesmo poder familiar ou contra descendente, são: “castigar imoderadamente o filho”; “deixar o filho em abandono”; “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”; “incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente [art. 1.637]”; “entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção”.

Nota-se que, diferentemente de “negligência”, o termo “abandono” é mencionado e aparece como uma das hipóteses de extinção do poder familiar, conforme inciso II do art. 1.638 do CC. Todavia, o CC não define seu conceito, deixando para a doutrina e para a jurisprudência essa tarefa, que se vale muitas vezes das dimensões apresentadas no CP.¹²⁰² Em seu art. 133, o CP tipifica o crime de abandono de incapaz, pelo qual se penaliza “abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”, e no art. 244, prevê o crime de abandono material, compreendendo este tipo de abandono como: “Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo (...)”.

Ainda, no caso da hipótese de abandono, a jurisprudência e doutrina

¹²⁰² Cf. COMEL, Denise Como. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 288-289. 26 NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 02.

civilista do direito de família concebem quatro formas: (i) o material, que se relaciona à falta de prestações para manutenção da vida e da subsistência, como alimentação e saúde; (ii) o intelectual, atrelado ao dever de prestação de educação; (iii) o moral, ligado à hipótese de extinção do poder familiar do inciso III do art. 1.638 do CC (“praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”); e (iv) o afetivo, pelo qual se prevê a necessidade de apoio sociemocional à criança durante o seu desenvolvimento.¹²⁰³

Apesar da existência do conceito, inclusive penal, de abandono material, importante ser destacada a ressalva feita pelo art. 23 do ECA, segundo o qual “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar”.

Ainda, faz-se também necessários ressaltar o entendimento e definição conceitual de abandono e negligência compartilhados pelas instituições governamentais gestoras de serviços públicas ou de classe profissional de saúde, assistência social e psicologia, as quais acabam por informar decisões no âmbito do Sistema de Justiça pela atuação, em especial, pela atuação da equipe técnica responsável pela elaboração dos pareceres psicossociais, que são amplamente guiados pelas definições nas orientações técnicas destas instituições.

Conforme definição oferecida pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde em 2013, negligência e abandono é: “a omissão pela qual se deixou de prover as necessidades e cuidados básicos para o desenvolvimento físico, emocional e social da pessoa atendida/vítima. Ex.: privação de medicamentos; falta de cuidados necessários com a saúde; descuido com a higiene; ausência de proteção contra as inclemências do meio, como o frio e o calor; ausência de estímulo e de condições para a frequência à escola. O abandono é uma forma extrema de negligência.”¹²⁰⁴

¹²⁰³ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 44.

¹²⁰⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos Não Transmissíveis e Promoção da Saúde. Viva: instrutivo notificação de violência interpessoal e autoprovocada [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos Não Transmissíveis e Promoção da Saúde. – 2. ed. – Brasília: Ministério da Saúde, 2016P. 59-58. Disponível em:

As orientações técnicas do Ministério do Desenvolvimento Social para a elaboração do plano individual de atendimento (PIA) de crianças e adolescentes definem abandono como “uma das formas mais graves de negligência, sendo caracterizado pelo completo afastamento do grupo familiar, ficando a criança/adolescente desamparada e exposta a várias formas de perigo”.¹²⁰⁵ Já com relação à negligência, a conceituação é maior, inclusive para incluir ressaltavas:

“é identificada quando existe uma dependência de cuidados e de proteção de uma pessoa em relação a outra, nas quais as necessidades específicas não são atendidas por seus cuidadores (VOLIC; BAPTISTA, 2005). Representa uma omissão em termos de prover as necessidades físicas e emocionais da criança/adolescente e se configura quando os responsáveis falham na atenção de necessidades quando tal fato não é o resultado de condições de vida além do controle dos cuidadores. Caracteriza-se pelas omissões dos pais e responsáveis, incluindo as instituições, no provimento de necessidades básicas para o desenvolvimento físico, emocional e social da criança/adolescente. Pode ser expressa, dentre outras formas, pela privação de medicamentos, falta de atendimento à saúde, descuido com a higiene, desproteção em situações climáticas e outras. É importante registrar que a negligência não está associada situação de pobreza vivenciada pela família da criança ou do adolescente, podendo ser evidenciada em famílias em qualquer condição econômica e social. Importante: para melhor qualificar esta informação, é necessário especificar a que tipo de negligência a criança/adolescente foi exposta.”¹²⁰⁶

Segundo o manual do Conselho Federal de Psicologia (CFP), para atendimento de crianças vítimas de violência, a negligência ocorre “quando a família ou os responsáveis pela criança ou pelo adolescente se omitem em prover suas necessidades físicas e/ou emocionais básicas para o desenvolvimento saudável. Consiste em falhas com os cuidados básicos e com a proteção da criança ou do adolescente, e deve ser distinguida da carência de recursos socioeconômicos”¹²⁰⁷.

Constata-se, portanto, que apesar de “negligência” não ser um termo

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/viva_instrutivo_violencia_interpessoal_autoprovocada_2ed.pdf Último acesso em:

¹²⁰⁵ MDS. **Orientações técnicas para elaboração do plano individual de atendimento (pia) de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento**. Brasília: Imprensa Oficial, 2018, p. 59.

¹²⁰⁶ Ibid., p. 62.

¹²⁰⁷ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Serviço de Proteção Social a Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência, Abuso e Exploração Sexual e suas Famílias. **Referências para a atuação do psicólogo**. Brasília: CFP, 2009, p. 35.

utilizado pela legislação relativa às hipóteses de suspensão ou destituição do poder familiar, ele é termo frequente para embasar as decisões relativas a esses casos, sendo o abandono considerado sua forma mais grave.

Conforme todas as definições observadas, pode-se afirmar que negligência é sempre caracterizada por uma omissão – material, intelectual, moral ou afetiva – nos deveres parentais de cuidado, diferentemente do conceito de abuso, que denota uma ação positiva, intencional, que viola a integridade física, psíquica, emocional ou sexual da criança.

O foco em processos relativos à suspensão ou destituição do poder familiar fundamentados em negligência é tanto a avaliação se há risco ou efetiva violação de direitos da criança, como se esse risco ou violação pudesse ser imputado a uma omissão ou falta parental no exercício dos deveres e responsabilidades previstos tanto no art. 1.634 do CC e no art. 22 e outros dispositivos do ECA.

Observa-se, portanto, que esse conceito de negligência parental é mais amplo do que os conceitos jurídicos de negligência dos tipos penais culposos previsto no art. 18, II do CP e, igualmente, das discussões de negligência no âmbito da responsabilidade civil, os quais igualmente podem ensejar suspensão ou destituição do poder familiar. Em ambos os casos do direito penal ou civil, a pessoa que pode ser punida por um crime culposos por negligência ou tem o dever de indenizar pela responsabilidade civil, respectivamente, deveria ter condições fáticas de ter cumprido o que se espera dela. Ou seja, negligência penal ou civil são omissões de práticas em que a pessoa poderia ter realizado, mas não o fez por negligência.

No caso da negligência parental, muitos processos de destituição ou suspensão do poder familiar são fundamentados independentemente da aferição se os pais detinham as condições materiais, psicológicas e até mesmo emocionais de realizar o ato que se esperava deles. O que se busca aferir, independentemente da vontade ou capacidade parental fática, é se a criança sofre ameaça ou efetiva violação de seus direitos pela falta do que se considera ser um cuidado efetivo ou satisfatório.

Tal qual o conceito de negligência, o conceito de cuidado ou proteção são

conceitos também em disputa. Conforme analisado no primeiro capítulo da presente tese, o entendimento de cuidado se modificou fortemente ao longo da história do desenvolvimento dos direitos da criança, como o entendimento de que internação compulsória de crianças consideradas abandonadas ou delinquentes era a melhor forma de cuidado conforme o Código de Menores, aspectos que reverberam ainda hoje no conceito de medidas de proteção do ECA, pela qual a privação de liberdade de adolescentes em conflito com a lei em instituições similares ou piores que presídios são formas consideradas de cuidado e medidas de “proteção”.

Constata-se, assim, que, apesar da existência de definições técnicas amplas e exemplificativas sobre o conceito de negligência, abandono e cuidado, que informam as decisões sobre suspensão ou destituição do poder familiar, não houve por parte do legislador ou autoridade competente a especificação de seu conteúdo ou alcance, dificultando a diferenciação dos conceitos por parte do aplicador e, ainda, possibilitando a ele uma grande discricionariedade de interpretação, o que pode trazer sérios questionamentos relativos à segurança jurídica do processo e das decisões.

Em pesquisa fomentada pelo CNJ sobre o tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil, o relatório das entrevistas com os magistrados e com as equipes técnicas das varas, concluiu-se que essa indefinição conceitual implica, inclusive, no tempo processual de tramitação de casos de adoção:

“muitos magistrados têm dificuldade em avaliar se a situação de abandono decorre de negligência ou abuso paternal ou se o contexto socialmente trágico acaba vitimando a família como um todo, inclusive os pais. A questão é se a pobreza por si pode ser causa de perda do poder familiar, sendo que o ECA, no art. 23, já afirma que não. A avaliação da culpa dos pais biológicos depende de uma análise cuidadosa da situação de fato da criança, da família e da comunidade. A suspeita é a de que a coleta dessas informações em campo, a administração do processo de suspensão ou perda do poder familiar e superação da controvérsia podem causar a demora na disponibilização da criança para o CNA e a consequente queda na sua probabilidade de adoção.”¹²⁰⁸

¹²⁰⁸ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et al. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil**: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 53. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf>>.

Em verdade, com exceção das hipóteses de destituição do poder familiar pelo cometimento de crime, todas as previsões do art. 1.638 são passíveis de crítica com relação à indefinição: o que é um castigo moderado ou imoderado? Quais são os atos contrários à moral e aos bons costumes?

Assim, constata-se que tal abertura legislativa permite uma ampla discricionariedade dos tomadores de decisão e uma análise do melhor interesse da criança nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar, ainda que permeadas pelos conceitos legais, igualmente subjetiva.

Abordando o tema da indefinição dos conceitos, uma pesquisa fomentada pelo CNJ sobre o processo de adoção nas VIJs em todo o Brasil recomendou a necessidade de novas regulamentações sobre as hipóteses de violação dos deveres parentais e para o estabelecimento de critérios objetivos para ingresso da ação de destituição do poder familiar, “por lei por lei, súmula ou por normas infralegais (considerar uma revisão da Res. 71 do CNMP)”¹²⁰⁹. Contudo, a pesquisa, ao elencar e sugerir essas hipóteses¹²¹⁰, muitas já utilizadas nas jurisprudências dos tribunais, como “pais alcoólatras ou dependentes químicos” ou “não cumprir com dever de sustento, guarda ou educação”, sugere que “caracterizada uma das hipóteses, o Ministério Público teria o dever de ingressar imediatamente com a ação de destituição do poder familiar, deixando para o curso do processo a elaboração do relatório e a oportunidade de uma investigação da viabilidade de manutenção da criança na sua família de origem, dentro da dialética própria do contraditório”¹²¹¹.

Tal exemplo de sugestão de especificação demonstra os perigos de se utilizar determinações legais sem sua devida contextualização no caso concreto. Ainda que, por exemplo, seja verificado o problema de saúde relacionado ao

¹²⁰⁹ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et al. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil**: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 120. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf>>.

¹²¹⁰ “não cumprir com dever de sustento, guarda ou educação; já terem sido destituídos do poder familiar no passado; não manifestar perante o poder público disposição em atender essas obrigações; pais alcoólatras ou dependentes químicos; pais com histórico de violência; ou que tenham abandonado seus filhos por um período de tempo significativo” (Ibid, p. 120).

¹²¹¹ Ibid., p. 120-121.

alcoolismo ou dependência química ou a dificuldade da família de prover o sustento material das crianças, sugerir apresentação de ação de destituição do poder familiar apenas pela verificação desse critério pode gerar distorções relevantes na garantia do melhor interesse da criança, tendo em vista que nem todos os pais dependentes químicos ou com dificuldades de provisão material deixam de exercer os deveres de cuidado, ainda que com limites, algo verificado, em maior ou menor grau, em todas as relações parentais com seus filhos.

Esse tipo de sugestão permite sérias e duras críticas às decisões tomadas no âmbito do Sistema de Justiça, como aquela elaborada por Maria Livia do Nascimento no livro intitulado *Proteção e Negligência*, que apresenta uma série de relatos de casos de acolhimento institucional que a autora acompanhou no âmbito do Sistema de Justiça. Segundo ela, o conceito de negligência é utilizado atualmente como novo fator de controle biopolítico, substituindo o uso anterior que se fazia da pobreza:

“Pesquisas têm mostrado que os principais motivos para o abrigamento de crianças e adolescentes estão ligados ao pertencimento a famílias com graves dificuldades financeiras e ao chamado ‘abandono’ (Silva, 2004; e Coimbra, Ayres & Nascimento, 2008). Entretanto, o ECA diz que não se pode abrigar por pobreza. Então, qual é o artifício? Um deles é qualificar as famílias como negligentes, condição que envolve tanto o fato de ser pobre quanto os meandros do abandono, vista como prática de descuido e de descompromisso com a parentalidade. O discurso da negligência ganha força e visibilidade a partir do ECA, já que o Estatuto estaria comprometido com a chamada garantia dos direitos humanos – proteção – e a situação de pobreza já não pode se configurar como motivo de abrigamento de crianças e adolescentes. Nesse sentido, o discurso da negligência passa a ocupar o lugar anteriormente ocupado pela pobreza, que agora é caracterizada como judicialmente inconstitucional e politicamente incorreta. Assim, na prática, o abrigamento de crianças e adolescentes se dá, de fato, porque eles se encontram em famílias pobres, não importando quais outros artifícios serão buscados para apoiar tal medida. Dessa maneira, em nome da lei, penaliza-se toda a família, por exemplo, com a destituição do poder familiar. De acordo com o ECA, é preciso proteger, e a negligência é um dispositivo que permite que continue recaindo na família uma prática de individualização que justifica a ação punitiva.”¹²¹²

No acompanhamento dos casos relatados por Nascimento, constata-se,

¹²¹² NASCIMENTO, Maria Livia do. **Proteção e negligência**: pacificando a vida de crianças e adolescentes. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lamparina, FAPERJ, 2015, p. 31.

apesar da mudança das legislações protetivas à infância, a permanência de lógicas estruturais e funcionamentos institucionais que se utilizam de instrumentos jurídicos para criminalização e controle biopolítico de condutas consideradas desviantes e atreladas ao fenômeno da pobreza, algo típico das doutrinas do direito penal e da situação irregular do menor, o qual era visto como “abandonado” ou “delinquente”, conforme analisado no item 1.4 do Capítulo 1 da presente tese.

Longe de apresentar uma solução definitiva a esse complexo fenômeno jurídico-social-político de indefinição ou abrangência dos conceitos jurídicos de negligência, abandono e cuidado, o modelo que será apresentado no item 5 do presente capítulo busca, por meio do estabelecimento de etapas de análise para uma constelação analítico-interpretativa do melhor interesse da criança em casos concretos e pela aplicação da proporcionalidade no universo normativo da criança por uma comunidade de intérpretes plural, garantir maior transparência dos fundamentos utilizadas na tomada de decisão e, assim, maior racionalidade para sua justificação.

Entende-se que a maior transparência e explicitação dos fundamentos decisórios, com ou sem especificação legal dos conceitos envolvidos, permite melhor controle social das decisões realizadas pelos agentes estatais no âmbito do Sistema de Justiça, inclusive permitindo maior segurança jurídica e compreensão do fenômenos e processo decisório, ainda que seja para contestá-lo.

Ainda, pela aplicação da proporcionalidade por uma comunidade de intérpretes plural, não somente pelo magistrado e sua análise individual, possibilita-se uma construção decisória melhor informada pelas diferentes perspectivas, inclusive das crianças e de suas famílias, diminuindo, assim, a discricionariedade individual e subjetiva das decisões.

5.2. Formação profissional, estrutura e recursos adequados no Sistema de Justiça

Uma outra dimensão fundamental de análise anterior à apresentação do modelo que impacta a prestação jurisdicional e avaliação do melhor interesse da

criança em casos de suspensão ou destituição do poder familiar, mas não só, diz respeito tanto à formação dos profissionais atuantes no Sistema de Justiça – como conselheiros tutelares, advogados, defensores, promotores, magistrados, psicólogos e assistentes sociais forenses, entre outros – quanto à estrutura e recursos materiais e pessoas disponíveis no Sistema de Justiça, especialmente para as VIJs ou órgãos internos de apoio operacional das instituições – como núcleos, centros de apoio ou coordenadorias relativas aos temas de infância e adolescência.

Em levantamento realizado pelo Programa Prioridade Absoluta do Instituto Alana, organização da sociedade civil brasileira que busca a efetivação dos direitos da criança, foram pesquisados a existência do conteúdo de Direito da Criança na grade curricular dos 20 cursos de Direito primeiro colocados em três ranqueamentos referentes ao ano de 2016: Aprovação na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade) e Ranking das Universidades da Folha (RUF). O uso de diferentes ranqueamentos se justifica pelo fato destes utilizarem critérios distintos entre si e, assim, apontarem diferentes faculdades em seus resultados.¹²¹³

Pelo ranqueamento da OAB, de 20 faculdades, metade possui matéria relativa ao Direito da Criança. De forma semelhante, pela lista do Enade, de 20 faculdades, apenas nove possuem matéria nesse tema. Por fim, pelo ranqueamento do RUF, tem-se o melhor cenário: de 20 faculdades, 12 possuem matéria relativa ao Direito da Criança. Relevantes também os dados de que a maioria dos cursos de Direito oferece o conteúdo de Direito da Criança como matéria meramente optativa, e que a inclusão desse conteúdo nas grades curriculares é recente. Destaca-se, ainda, que na Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) um curso optativo é oferecido com o nome de Direito do Menor, o que denota uma desatualização em relação às temáticas e discussões atuais no âmbito do tema, que, como forma de se opor à lógica menorista do antigo Código de Menores, não utilizam mais do termo “menor”.

¹²¹³ Cf. carta encaminhada ao Conselho Nacional de Educação, em 6.6.2017, com a referência Contribuição do programa “Prioridade Absoluta do Instituto Alana à proposta de Novo Marco Regulatório do Ensino Jurídico no Brasil, visando à inclusão do Direito da Criança e do Adolescente como conteúdo obrigatório e a obrigatoriedade do estágio com população vulnerável”, disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/acoes-institucionais/>

Ainda, em trabalho específico sobre o tema da possibilidade do acesso à justiça de crianças via formação acadêmica dos estudantes por meio da curricularização, Elaine Cristina da Silva, em dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), investigou a existência ou não da disciplina em todas as universidades federais brasileiras, e apresenta que das 29 faculdades de Direito, apenas sete ofertam uma disciplina sobre o direito da criança como obrigatória e 16 ofertam a disciplina como optativa, restando seis que não disponibilizam de forma alguma.¹²¹⁴ A pesquisadora conclui, ainda, a necessidade desse conteúdo como obrigatório, sendo “imprescindível repensar a educação superior jurídica de maneira a contemplar o Direito da Criança e do Adolescente na matriz curricular do curso de Direito, como ramo autônomo de conteúdo interdisciplinar, alcançando-se, pois, a prioridade principiológica, normativa, e, em especial, a efetividade tão necessária e urgente”¹²¹⁵.

Constata-se que a falta de informação e estudo das leis, processos e dinâmicas concernentes aos casos que envolvem crianças e seus direitos – inclusive não somente por meio de discussões jurídicas, mas também por um diálogo interdisciplinar com outros campos do conhecimento, como Psicologia, Pedagogia e assistência social – impacta o desconhecimento da matéria por parte dos profissionais no Sistema de Justiça. Diante da falta de familiaridade com a complexa rede normativa dos direitos da criança e sua sistematização para aplicação prática, ainda que alguns concursos públicos contemplem poucas questões sobre o tema, os agentes aplicadores das leis ignoram muitas vezes caminhos já previstos na legislação.

Ainda, inclusive após assumirem cargos públicos que atuam diretamente com casos envolvendo crianças no Sistema de Justiça, muitas carreiras não apresentam processos de formação continuada. Pesquisa do CNJ constatou que nesse âmbito, os conselheiros tutelares são recebidos as críticas mais duras pela

¹²¹⁴ SILVA, Elaine Cristina da. **Direito da criança e do adolescente**: entre a curricularização e a efetividade do acesso à justiça via formação acadêmica. Por uma educação jurídica superior que contemple a prioridade absoluta dos direitos infantoadolescentes. 2018. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, p. 42-43. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-AXJMPK/ppgdireito_elainecristinasilva_dissertacaomestrado.pdf?sequence=1>.

¹²¹⁵ Ibid., resumo da dissertação.

percepção de falta de capacitação, treinamento, preparo e desconhecimento de suas competências e funções em suas atuações.¹²¹⁶

Ainda, cabe ser destacado a variável sobre a conduta pessoal dos profissionais, elemento visto pelo Comentário Geral n. 12 como central no acesso à justiça de crianças, desde a vestimenta de juízes e advogados até o estabelecimento de ambientes livre de “intimidação, hostilidade, insensibilidade”. Nesse âmbito, pesquisa etnográfica feita em Varas Especiais da Infância e da Juventude em São Paulo destacou elementos como a “duraza” dos promotores e os comportamentos dos magistrados, como falar alto, gritar, se levantar da mesa, ter uma postura “seca”, incluindo algumas “condutas informais”, que incluem “atender ao celular no meio da audiência, falar alto com a mãe do adolescente, tecer comentários com o escrivão, a breve duração (normalmente, as audiências duram cerca de 20 minutos), mas também a pouca preocupação com as garantias processuais”, além do fato de que o objetivo central “dar uma lição” às crianças e suas famílias.¹²¹⁷

Com relação às estruturas e funcionamentos das VIJs, pesquisa do CNJ constatou, mediante entrevistas com profissionais atuantes nas Varas, que todos os entrevistados “afirmaram que o quadro atual das respectivas varas onde trabalham carecem de profissionais”, alertando a necessidade de contratar de duas a 15 pessoas para o atendimento satisfatório das demandas, especialmente para equipes técnicas, como psicólogos e assistentes sociais, responsáveis pela elaboração dos pareceres psicossociais. A má percepção em relação à estrutura de trabalho também é expressada com relação ao espaço físico, com críticas à má qualidade das instalações e, inclusive, à higiene do local.¹²¹⁸

A distribuição orçamentária feita pelos Tribunais de Justiça estaduais também é um ponto de especial atenção. Pelo fato de Varas de Infância e Juventude não gerarem receita aos Tribunais – tal qual as Varas Cíveis, por exemplo –

¹²¹⁶ NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et al. **Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil**: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 97. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/3858b9371bdbffd88b31e429ed8f4773.pdf>

¹²¹⁷ MIRAGLIA, Paula. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. **Novos Estudos**. n 72, jul. 2005, p. 92-94.

¹²¹⁸ *Ibid.*, p. 95

especialmente em função do baixo recolhimento de custas processuais, o repasse a elas é limitado por essa lógica, não atendendo inclusive a determinação do Artigo 227 e do art. 4º do ECA, d, que determina a destinação privilegiada de orçamento público às políticas da infância, inclusive as judiciárias.

Ainda, apesar do art. 145 do ECA, a Resolução n. 113 do Conanda, e o Provimento 36 do CNJ determinarem à criação de Varas especializadas a presença de equipes técnicas interprofissionais, das 2740 comarcas da Justiça Estadual, apenas 159 possuem varas exclusivas de Infância e Juventude, representando 12,2% do universo de varas com competência sobre o tema (1.303).¹²¹⁹ Assim, constata-se um déficit ainda grande para se chegar à determinação do CNJ, da presença de ao menos uma vara especializada para comarcas com população acima de 100 mil habitantes, as quais são no Brasil 314, segundo o IBGE.

Destaca-se, ainda, a Recomendação n. 33 do CNMP, que dispõe sobre diretrizes para a implantação e estruturação das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude no âmbito do Ministério Público, determinando, entre vários tópicos, que as Procuradorias Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados: estrutrem as promotorias de justiça com atribuição exclusiva, centros de apoio e equipes multidisciplinares suficientes; promovam a formação continuada de seus profissionais no tema; realizem mutirões e esforços concentrados para revisão de casos em comarcas com grande demanda.¹²²⁰

A falta de estrutura nos órgãos do Sistema de Justiça responsáveis, especialmente para avaliação psicossocial dos casos e seu acompanhamento, impacta seriamente no tempo de tramitação dos processos e, conseqüentemente, no tempo de permanência das crianças em instituições e, assim, sem cuidado parental, apesar das expressas determinações legais de absoluta prioridade de tramitação processual de casos que envolvam crianças, conforme o art. 152 do ECA, art. 1.048 do novo CPC e do Provimento n. 36 do CNJ.

Nesse ponto, faz-se importante lembrar o fenômeno do estresse tóxico, o

¹²¹⁹ Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017, p. 31.

¹²²⁰ CNMP, Recomendação n. 33. Publicada no Diário Eletrônico do CNMP, Caderno Processual, de 4/05/2016, págs. 1/3. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/Recomendao_33.pdf

qual, por meio da privação crônica da interação responsiva e afetiva com uma pessoa de referência, pode também irromper a arquitetura cerebral pelo processo de desmielinização neuronal.¹²²¹

Tal fenômeno foi observado de forma massiva no conhecido caso das crianças institucionalizadas da Romênia.¹²²² Com o regime ditatorial de Ceaușescu (de 1965 a 1989), que impôs a política de natalidade mínima de cinco filhos por família (por meio de proibição do aborto e de métodos contraceptivos, além de multas pelo descumprimento e monitoramento constante da capacidade reprodutiva das mulheres), como forma de aumentar o número de cidadãos e da força de trabalho, o número de nascimentos no país cresceu abruptamente. Muitas famílias foram obrigadas a ter filhos e sem condições de realizar seu cuidado foram encorajadas em enviá-los para grandes instituições geridas pelo Estado, abrigos institucionais, os quais funcionaram até o começo do século XXI.¹²²³ Em 2000, após observarem problemas no desenvolvimento de crianças institucionalizadas, o governo romeno convidou pesquisadores para avaliar suas causas – entre outros, o professor de pediatria e neurociência de Harvard, Charles Nelson –, os quais realizaram o *Bucharest Early Intervention Project* (BEIP), o primeiro estudo randomizado no mundo com crianças pequenas com histórico de institucionalização, por meio da verificação de múltiplas variáveis de desenvolvimento de crianças institucionalizadas, não institucionalizadas e em famílias acolhedoras, as quais foram estudadas ao longo de 14 anos.¹²²⁴

Os resultados do estudo foram contundentes e tiveram um impacto mundial nos modelos de acolhimento institucional de crianças sem cuidado parental. Em primeiro lugar, constataram que crianças que passaram por ações consideradas de profunda negligência em seus primeiros anos de vida, exibiram uma grande variedade de atrasos e distúrbios no desenvolvimento, resultados de anormalidades estruturais e funcionais em seus cérebros. Ainda, observaram que nas áreas de

¹²²¹ Ver item 2.1.2, Capítulo 2.

¹²²² Cf. NELSON, Charles; FOX, Nathan; ZEANA, Charles. **Romania's Abandoned Children** - Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery. Cambridge: Harvard University Press. 2014.

¹²²³ Ibid., p. 1-2.

¹²²⁴ Ibid., p. 19.

desenvolvimento estudadas (como eletroencefalografia, apego e linguagem), crianças colocadas em famílias acolhedoras antes de certa idade (15-24 meses) eram muito mais beneficiadas, demonstrando a importância do ambiente familiar em comparação ao abrigo, especialmente para crianças pequenas.¹²²⁵

Atualmente, há no Brasil 47.528 crianças em situação de acolhimento – ou seja, retiradas do âmbito familiar por processos de suspensão ou destituição do poder familiar –, sendo 23.175 meninas e 24.353 meninos. Do total, 5.265 estão entre 0 e 3 anos incompletos (primeiríssima infância); 10.025 estão entre 0 e 6 anos de idade incompletos (primeira infância); 11.461 estão entre 6 e 12 anos de idade incompletos (infância, retirando a primeira infância); 17.335 estão entre 12 e 18 anos de idade incompletos (adolescência).¹²²⁶

Nas 2.801 unidades públicas ou privadas de acolhimento no Brasil analisadas pelo senso do SUAS em 2016, mais de 12 mil crianças estavam acolhidas há mais de 13 meses, sendo que 3.585 entre 25 e 48 meses, 1.506 entre 49 a 72 meses e 1.658 há mais de 6 anos¹²²⁷, ultrapassando, em muito, os 18 meses de limite previsto pelo ECA, no § 2º, do art. 19.

Nos processos de medidas protetivas ou perda do poder familiar, o tempo mediano do julgamento do processo, segundo pesquisa do CNJ é superior a três anos no Sudeste e quase quatro anos em Brasília, especialmente pela demora na resposta de cartas precatórias entre tribunais estaduais.¹²²⁸ Ainda, a mesma pesquisa concluiu que o tempo processual para todas as classes processuais – adoção, guarda ou tutela, suspensão ou destituição do poder familiar – são significativamente menores em varas especializadas em comparação com as outras varas.¹²²⁹

Assim, constata-se que tanto pela falta de formação profissional como pela ausência de estrutura adequada para o funcionamento do que já está previsto pela legislação, provimentos e recomendações dos conselhos nacionais das carreiras do

¹²²⁵ Ibid., p. 331.

¹²²⁶ CNJ, Conselho Nacional de Justiça, Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas. Relatório da quantidade de acolhidos por Estado. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/> Último acesso: 3.15.2019.

¹²²⁷ MDS. **Censo SUAS – Bases e Resultados 2018**, Unidades de Acolhimento, p. 7 e 21.

¹²²⁸ NUNES, op. cit., p. 71.

¹²²⁹ Ibid., p. 84.

Sistema de Justiça – como varas especializadas e equipe técnica multiprofissional para elaboração dos pareceres psicossociais –, a aferição do melhor interesse da criança e o processo decisório dos complexos casos envolvendo crianças, ficam seriamente comprometidos, inclusive na necessária celeridade do tempo processual.

A falta de informações relevantes para as decisões judiciais – como a real condição dos ambientes e agentes de cuidado da criança, suas dificuldades e potências no relacionamento com a criança – pode ocasionar tomadas de decisão sem fundamento na realidade e orientadas apenas, como ressaltou Mondin, pela “intuição” do magistrado, possibilitando uma ampla discricionariedade e subjetividade nas decisões.¹²³⁰

5.3. Processos judiciais acessíveis, sensíveis e amigáveis

Outro ponto fundamental a ser analisado é a necessidade do desenvolvimento por parte do Sistema de Justiça de processos judiciais relativos à crianças e suas famílias por práticas acessíveis, sensíveis e amigáveis, como forma de prestação de uma tutela jurisdicional que avalie realmente o melhor interesse da criança.

Esse tópico diz respeito à necessidade de uma Justiça adaptada, sensível (*child-sensitive justice*) ou amigável (*child-friendly justice*) para crianças, como forma de se garantir à criança o direito de acesso à justiça. Em 2013, o Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU (OHCHR) apresentou ao Conselho de Direitos Humanos um informe específico sobre o tema de acesso à justiça para criança, destacando que:

“o acesso à justiça é entendido como a capacidade de obter reparação justa e oportuna por violações de direitos estabelecidas em princípios e normas nacionais e internacionais, incluindo a Convenção sobre os Direitos da Criança. O conceito aplica-se a esferas civis, administrativas e penais das jurisdições nacionais, incluindo os mecanismos de justiça tradicional e religiosa, tribunais internacionais e mecanismos alternativos e restauradores de solução de disputa, abrangendo todos os processos judiciais relevantes e que afetam crianças sem limitação, (...). 5. O conceito de acesso das crianças à justiça requer o empoderamento

¹²³⁰ MONDIN, op. cit., p. 148.

jurídico das todas as crianças. As crianças devem ser capacitadas para acessar informações relevantes e recursos efetivos que lhes permitam exigir seus direitos, inclusive por meio de serviços jurídicos de outra natureza, educação, orientação e aconselhamento sobre seus direitos, e o apoio de adultos bem informados. Além disso, o conceito de acesso das crianças à justiça exige que o grau de maturidade e o nível de compreensão dos menores sejam levados em consideração no exercício de seus direitos.”¹²³¹

Ressaltando as barreiras ao acesso à justiça de criança – como a complexidade dos sistemas para o entendimento da criança, o seu caráter intimidador, a falta de orientação por adultos capacitados e a presença de práticas discriminatórias, seletivas e estigmatizantes¹²³² –, o informe registra as seguintes boas práticas a serem adotadas pelos Estados no âmbito dos seus Sistema de Justiça: (i) empoderamento das crianças com informações adaptadas às suas necessidades (*child-sensitive information*), por meio de diferentes canais e mídias, como escola, internet ou linhas telefônicas para assessoramento privado; (ii) adaptação de procedimentos, para facilitar o oferecimento de denúncias pelas próprias crianças, inclusive aquelas privadas de liberdade; (iii) métodos alternativos de resolução de conflitos adaptados, como mediação, conciliação e práticas restaurativas; (iv) possibilidade de sistemas de justiça consuetudinários e religiosos; (v) mecanismos de denúncia a nível internacional, pela ratificação do protocolo facultativo n. 3 à Convenção sobre os Direitos da Criança; e (vi) formação educacional para crianças sobre acesso à justiça e seus direitos.¹²³³

Nesse sentido, a lei brasileira n. 13.431 de 2017, conhecida pela Lei da Escuta Protegida, estabeleceu as bases normativas para a prática da escuta

¹²³¹ Tradução livre de: “access to justice refers to the ability to obtain a just and timely remedy for violations of rights as put forth in national and international norms and standards, including the Convention on the Rights of the Child. It applies to civil, administrative and criminal spheres of national jurisdictions, including customary and religious justice mechanisms, international jurisdictions, as well as alternative and restorative dispute resolution mechanisms, and covers all relevant judicial proceedings, (...). 5. The concept of access to justice for children requires the legal empowerment of all children. They should be enabled to access relevant information and to effective remedies to claim their rights, including through legal and other services, child rights education, counselling or advice, and support from knowledgeable adults. Moreover, access to justice for children requires taking into account children’s evolving maturity and understanding when exercising their rights. In: OHCHR. Human Rights Council. A/HRC/25/35. **Access to justice for children**. 16 dez. 2013, p. 3-4.

¹²³² Ibid., p. 6-7.

¹²³³ Ibid., 9-13.

especializada e do depoimento especial de crianças no âmbito de processos do Sistema de Justiça, detalhando as estruturas necessárias (“local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade”¹²³⁴), as práticas para o procedimento de entrevista¹²³⁵, prevendo inclusive o direito da criança de permanecer em silêncio.¹²³⁶

Apesar de a lei apresentar conformidade com padrões internacionais, ela tem recebido duras críticas, especialmente por parte de psicólogos forenses, por compreenderem que essa escuta, ainda que pretensamente protegida, é:

“um procedimento jurídico, constitui-se em um interrogatório, cujo objetivo é levantar dados para instrução de um processo judicial, visa à produção de prova e diz respeito à chamada ‘verdade verdadeira’ ou ‘verdade real’, sendo as perguntas feitas à criança e ao adolescente orientadas necessidades do processo. A escuta profissional caracteriza-se por ser uma relação de cuidado, acolhedora e não invasiva, para a qual se requer a disposição de escutar, respeitando-se o tempo de elaboração da situação traumática, as peculiaridades do momento do desenvolvimento e, sobretudo visando a não revitimização. A escuta leva em conta a dimensão subjetiva, não se opondo aos sonhos, fantasias, lapsos, desejos, enganos, ilusões, silêncios”¹²³⁷.

Contudo, faz-se necessário o destaque para a importância da escuta da criança no âmbito do Sistema de Justiça, não só em casos que envolvam violência, mas em qualquer caso que diga respeito a ela:

“As vozes das crianças são um componente importante no processo de separação e/ou divórcio, conforme evidenciado pelos serviços e programas em todo o mundo e expressos pelos profissionais, pesquisadores, advogados e consultores/especialistas em políticas públicas judiciais. Independentemente de serem ouvidos através de mediação inclusiva, representação legal independente da criança, entrevistas, especialistas em crianças, coordenadores de pais ou voz dos relatórios da criança, as vozes das crianças são importantes e precisam ser ouvidas por seus pais, profissionais de saúde mental e do âmbito jurídico e, em última análise, pelos juízes que decidem esses casos. No entanto, muitos também enfatizaram que nem toda criança precisa ou quer ter uma voz e isso

¹²³⁴ Art. 10.

¹²³⁵ Art. 12.

¹²³⁶ Art. 5º, VI.

¹²³⁷ CFP. Manifestação ‘Conselho Federal de Psicologia e a prática da escuta especial de crianças e adolescentes vítimas de violência, abuso ou exploração sexual’. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Parecer-CFP-Escuta-Especial-de-Crian%C3%A7as-e-Adolescentes.pdf>>.

também deve ser considerado. Enquanto o debate continua na literatura de ciências sociais sobre se as vozes das crianças devem ou não ser ouvidas no processo, a literatura de pesquisa até hoje fornece um grito retumbante - as crianças e seus pais têm melhores relacionamentos e há menos conflito parental entre os pais quando as crianças fazem parte do processo.¹²³⁸

Ainda, é fundamental destacar a necessidade, para um Sistema de Justiça sensível e amigável às crianças e suas famílias, o desenvolvimento, de métodos de resolução apropriada de disputas (RADs)¹²³⁹, conforme estabeleceu a Resolução n. 125 de 2010 do CNJ. Tais métodos buscam apresentar modelos consensuais de resolução de conflitos, superando a exclusividade da visão ou concepção adversarial no âmbito dos processos judiciais.

A superação da lógica adversarial possui grande relevância para casos que envolvam crianças e suas famílias. Os problemas dessa lógica são, entre outros: (i) promover relações hostis¹²⁴⁰; (ii) desordenar o trabalho de psicólogos e assistentes sociais com a criança e família¹²⁴¹; (iii) aumentar a discricionariedade judicial e infusão de valores subjetivos do magistrado na tomada de decisão¹²⁴²; (iv) pais ficarem sujeitos mais facilmente a representações inadequadas¹²⁴³; (v) pais serem pressionados por expectativas irreais e sem possibilidade de cumprimento¹²⁴⁴; e (vi)

¹²³⁸ Tradução livre de: “children’s voices are an important component in the separation and/or divorce process as evidenced by the services and programs across the globe and voiced by the practitioners, researchers, lawyers, and policy advisors/experts. Irrespective of whether they are heard through child-inclusive mediation, independent child legal representation, judicial interviews, child specialists, parenting coordinators or voice of the child reports, children’s voices are important and need to be heard and listened to by their parents, mental health and legal professionals and ultimately, the judges who decide these cases. However, many have also stressed that not every child needs or wants to have a voice and that, too, should be considered. While the debate continues in the social science literature regarding whether or not children’s voices should be heard in the process, the research literature to date provides a resounding clarion call—children and their parents have better relationships and there is less parental conflict between the parents when children are part of the process.” In: BIRNBAUM, Rachel. *The Voice of the Child in Separation/Divorce Mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes: A Literature Review*, Family, Children and Youth Section, **Department of Justice Canada**, p. 61. Disponível em: <<https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/vcsdm-pvem/pdf/vcsdm-pvem.pdf>>.

¹²³⁹ Também comumente chamada de métodos alternativos de resolução de conflitos ou disputas.

¹²⁴⁰ MILWARD, David. *Children Need Families, Not Courtrooms: Alternatives to Adversarial Litigation in Child Welfare*, A Special Report. **The Office of the Children’s Advocate Manitoba**. mar. 2016, p. 6.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁴² *Ibid.*, p. 10.

¹²⁴³ *Ibid.*.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 12.

não apresentar suporte psicológico durante o processo para as crianças e famílias.¹²⁴⁵

Assim, as RADs são fundamentais para permitir uma gestão consensual, sensível e amigável dos conflitos e das pessoas, inclusive crianças, neles presentes. Segundo o manual elaborado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com apoio do CNJ, “a criação de ambientes não adversariais de resolução de disputas consiste em um dos maiores desafios para esta política pública e para o próprio Poder Judiciário”¹²⁴⁶, e o campo da RADs apresenta opções:

“para se chegar a um consenso, a um entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido ou ‘desenhado’. Originalmente, a sigla RADs representava a sigla para ‘Resolução Alternativa de Disputas’, servindo como denominação conjunta dos métodos alternativos ao julgamento pelo Judiciário. Atualmente, tem se adotado, com mais frequência, a expressão Resolução ‘Adequada’ (ou mesmo ‘Amigável’) de Disputas para denotar uma escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa.”¹²⁴⁷

Para tanto, apresentam, ainda, como processos, métodos ou meios da RADs: a negociação, uma comunicação voltada à persuasão¹²⁴⁸; mediação¹²⁴⁹, uma

¹²⁴⁵ Ibid., p. 13.

¹²⁴⁶ Ibid., p. 14.

¹²⁴⁷ Ibid., p. 21.

¹²⁴⁸ “Em uma negociação simples e direta, as partes têm, como regra, total controle sobre o processo e seu resultado. Assim, em linhas gerais, as partes: i) escolhem o momento e o local da negociação; ii) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de discussão das propostas; iii) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações; iv) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação; v) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado. E mais, a negociação e o acordo podem abranger valores ou questões diretamente relacionadas à disputa e variam, significativamente, quanto à matéria e à forma, podendo, inclusive, envolver um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários, valores não pecuniários. Assim, todos os aspectos devem ser considerados relevantes e negociáveis.” In: BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 5ª Edição (Brasília/DF:MPDFT), 2016, p. 24

¹²⁴⁹ “um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.” In: Idem.

negociação facilitada ou catalisada por um terceiro; conciliação¹²⁵⁰; e arbitragem¹²⁵¹.

Ainda, no mesmo sentido, destaca-se a Resolução n. 225 de 2016 do CNJ, que estabeleceu a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, considerou especificamente que “para o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei, que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo meios de autocomposição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas”¹²⁵².

Aplicadas a casos que envolvam crianças, as RADs possibilitam o aumento: da participação dos mais afetados pelos casos¹²⁵³; da satisfação das partes com os resultados e encaminhamentos do processos¹²⁵⁴; do número de acordos¹²⁵⁵; da segurança da criança e da estabilidade dos encaminhamentos, como na relação com a família acolhedora¹²⁵⁶; e da celeridade e diminuição de custos¹²⁵⁷.

Ainda, em estudo sobre a aplicação da mediação em casos que envolvam crianças, foi constatado que: (i) o tempo de tomada de decisões é reduzido em mais de metade; (ii) as resoluções alcançadas através da mediação reduziram os dias de

¹²⁵⁰ “a conciliação no Poder Judiciário busca: i) além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes; ii) restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes; iii) utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcançarem soluções; iv) demorar suficientemente para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e a solução encontrada; v) humanizar o processo de resolução de disputas; vi) preservar a intimidade dos interessados sempre que possível; vii) visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos; viii) permitir que as partes sintam-se ouvidas; e ix) utilizar-se de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível.” In: Idem, 26.

¹²⁵¹ “um processo eminentemente privado – isto porque existem arbitragens internacionais públicas –, nas qual as partes ou interessados buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de um painel de pessoas sem interesse na causa, para, após um devido procedimento, prolatar uma decisão (sentença arbitral) visando encerrar a disputa. Trata-se de um processo, em regra, vinculante, em que ambas as partes são colocadas diante de um árbitro ou um grupo de árbitros.” In: Idem, p. 27.

¹²⁵² CNJ. Resolução 225 de 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf

¹²⁵³ MILWARD, op. cit., p. 17.

¹²⁵⁴ Ibid., p. 20.

¹²⁵⁵ Idem.

¹²⁵⁶ Ibid., p. 22.

¹²⁵⁷ Ibid., p. 24.

atendimento infantil em uma média de 30%; (iii) mediação possibilita a diminuição do tom de culpa e melhora a relação entre a família e o assistente social; (iv) acordos mediados capacitam pessoas para resolução de conflitos de forma autônoma; (v) a mediação é um bom fórum para envolver a família extensa no planejamento; (vi) as crianças são devolvidas às suas famílias mais cedo quando as questões são resolvidas por mediação; (vii) mediação melhora o planejamento para a criança e a família; (viii) acordos mediados levam e economizam tempo; (ix) os pais são ajudados pela abordagem muito sensível do mediador; (x) as configurações de mediação são mais amigáveis para os clientes e os funcionários e permitem que as partes tenham mais controle o processo.¹²⁵⁸

Por fim, ressalta-se o modelo de tomada de decisões por grupos familiares (*family group decision making*, FGDM), que, segundo Elizabeth Bartholet é:

“uma abordagem em que as autoridades responsáveis pela proteção da criança delegam à família extensa da criança a decisão como resolver um caso de maus-tratos infantis. A idéia básica é empoderar a família para tomar decisões sobre o destino de seus membros. Este empoderamento é freqüentemente justificado em termos de autonomia e outros “direitos”. Os defensores dessa abordagem também argumentam que os membros da família são os mais capazes de decidir de todos os envolvidos e que têm a maior compreensão da situação.”¹²⁵⁹

Contudo, Bartholet critica o modelo para casos que envolvam maus-tratos de crianças, pois acredita que quando crianças são submetidas a formas severas de abuso ou negligência, o Estado não pode abdicar suas responsabilidades. Além disso, argumenta quem em processos familiares de decisão, os interesses da criança costumam ficar subrepresentados:

“O principal aspecto decisório do FGDM é o fato de que ele deve ocorrer em reunião privada do grupo familiar. Os adultos responsáveis pelos

¹²⁵⁸ MCHALE, Jerry; ROBERTSON, Irene; CLARKE, Andrea. Building a Child Protection Mediation Program in British Columbia. 47:1 **Family Court Review** 86, 2009.

¹²⁵⁹ Tradução livre de: “an approach in which child welfare authorities delegate to the child’s extended family significant authority to decide how to solve a case of child maltreatment. The basic idea is to empower the family to make decisions about the fate of its members. This empowerment is often justified in terms of autonomy and other “rights”. Supporters of this approach also argue that family members are the most about all those involved and to have the greatest understanding of the situation.” (BARTHOLET, Elizabeth. **Nobody’s Children. Abuse and Neglect, Foster Drift, and the Adoption Alternative**. Boston: Beacon Press, 1999, p. 142).

maus-tratos geralmente estão na reunião. Outros membros adultos da família estão lá. Mas a criança provavelmente não está presente, ou se presente, como pode ser o caso de uma criança mais velha, dificilmente está em posição de defender seus interesses igualmente com os adultos.”¹²⁶⁰

Por isso, outro ponto fundamental para uma justiça acessível a crianças é a possibilidade de uma representação legal específica a ela, como forma de suprir o objetivo de permitir que sua voz, opiniões e desejos sejam representados durante o processo, seja judicial ou por RADs.¹²⁶¹

Assim, conclui-se que a transformação das práticas dos processos judiciais para que sejam mais acessíveis, sensíveis e amigáveis às crianças e suas famílias é algo fundamental para a garantia do direito da criança ao acesso à justiça. Especificamente, garantir acessibilidade e sensibilidade nos processos judiciais, permite a participação qualificada dos agentes envolvidos, inclusive da própria criança, e sua escuta com mais efetividade, podendo informar melhor a tomada de decisão e, assim, o atingimento do seu melhor interesse.

Não há como encontrar o melhor interesse da criança sem escutar a suas vozes e de seus familiares. E não há como ter escuta qualifica sem o Sistema de Justiça estabelecer práticas acessíveis, sensíveis e amigáveis.

Ainda, destaca-se que a tomada de decisão exclusivamente pelo juiz já não é o modelo exclusivo de solução efetiva ou adequada de controvérsias, conforme estabelecido pelo próprio CNJ. Dessa forma, o uso de RADs, mais do que possível, é recomendado para casos que envolvam crianças, devido a necessidade de extrema sensibilidade, que um modelo adversarial, muitas vezes, não é capaz de fornecer.

Esse último ponto será de muita relevância para o entendimento da necessidade da tomada de decisão por uma comunidade de intérpretes ampla sugerida pelo modelo de aferição do melhor interesse da criança, que será apresentado no item 5 do presente capítulo.

¹²⁶⁰ Tradução livre de: “the key decision-making aspect of FGDM is supposed to take place in the private family group meeting. The adults responsible for maltreatment are generally at the meeting. Other adult family members are there. But the child is not likely to be present, or if present, as might be the case with an older child, is hardly in a position to advocate for his or her interests equally with the adults.” In: Idem, p. 144.

¹²⁶¹ BIRNBAUM, op. cit., p. 50.

5.4. Um ecossistema plural de políticas públicas para crianças sem cuidado parental, com foco na família acolhedora

O ECA, em seu art. 101, estabelece as medidas possíveis de serem adotadas, entre outras, pela autoridade competente para proteção da criança “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”¹²⁶², o que inclui medidas específicas de prestação de serviços de assistência social, saúde e educação e prevê o acolhimento institucional (inciso VII) e a inclusão em programa de acolhimento em familiar (inciso VIII). Ainda, em seu § 1º, estabeleceu que o acolhimento institucional ou familiar “são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”, sendo de 18 meses o prazo máximo de permanência no acolhimento institucional, conforme § 2º, do art. 19 do ECA.

Ainda, o art. 39, § 1º do ECA prevê que a adoção é “medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa”.

Considera-se todas essas medidas como excepcionais, pois os princípios na aplicação de medidas protetivas, dentre outras, são a intervenção mínima (art. 100, VII do ECA), responsabilidade parental (art. 100, IX) e prevalência na família (art. 100, X).

Segundo o art. 92 do ECA, essas políticas de acolhimento de crianças sem cuidado parental devem seguir os seguintes princípios: “I. preservação dos vínculos familiares; II. integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem; III. atendimento personalizado e em pequenos grupos; IV. desenvolvimento de atividades em regime de coeducação; V. não desmembramento de irmãos; VI. evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados; VII. participação na vida da comunidade local; VIII. preparação gradativa para o desligamento; IX. participação

¹²⁶² Art. 98, II do ECA.

de pessoas da comunidade no processo educativo”.

Assim, comprovado a ameaça ou existência de maus-tratos de crianças no âmbito familiar por abuso e negligência, as opções atuais de encaminhamento ao se decidir pela suspensão ou destituição do poder familiar – após estudo de caso por parecer prévio à tomada de decisão – baseiam-se nas seguintes políticas públicas de acolhimento: (i) permanência na família estendida, pela determinação de guarda temporária; (ii) família acolhedora; (iii) abrigo institucional, com quatro modalidades, abrigo institucional, casa-lar em comunidade ou aldeias, república jovem e casa de passagem ou transitória; ou (iv) adoção.

Segundo o Censo do SUAS de 2018, os abrigos institucionais são a modalidade de acolhimento que mais recebe crianças, seguido pela casa-lar.¹²⁶³ Com relação ao programa das famílias acolhedoras, apesar do crescimento desde 2013, apenas 522 municípios no Brasil possuem o programa e somente 235 possuem ao menos 1 criança cadastrada.¹²⁶⁴

Apesar das orientações para que a modalidade do abrigo institucional tenha funcionamento e estrutura equivalentes a uma casa¹²⁶⁵, na prática, muitas instituições no território nacional são ainda demarcadas pela presença de mais de 20 crianças¹²⁶⁶, com placas de identificação do abrigo em mais de 46%, possuindo salas de administração e atendimento técnico especializado, inclusive consultórios médicos,¹²⁶⁷ o que aumenta sua percepção como organização estatal e não ambiente familiar. Ainda, a presença de muitas pessoas, profissionais e contratadas, no cotidiano das crianças, inclusive com alta rotatividade diante da complexidade e desafios das atribuições, diminui a percepção e o funcionamento dessas instituições em uma lógica aproximada de uma família.¹²⁶⁸

Assim, diante da constatação de que o acolhimento de crianças por modalidade de abrigo institucional pode impactar severamente seu

¹²⁶³ MDS. **Censo SUAS – Bases e Resultados 2018**, Unidades de Acolhimento, p. 9.

¹²⁶⁴ MDS. **Censo SUAS – Bases e Resultados 2018**, Unidades executoras do serviço de Acolhimento em Família Acolhedora, p. 7 e 21.

¹²⁶⁵ MDS. **Censo SUAS – Bases e Resultados 2016**, Gestão Municipal.

¹²⁶⁶ ASSIS, Simone de; FARIAS, Luis (Orgs.). **Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento**. São Paulo: Hucitec, 2013, p. 94.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, p. 103.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, p. 111.

desenvolvimento, especialmente quando feita nos primeiros anos de vida, faz-se urgente no Brasil a ampliação do serviço da família acolhedora, que, nas palavras da estudiosa do tema Jane Valente, “favorece não só a convivência familiar, mas também, de uma forma muito especial, a comunitária. Ele provoca um sentimento diferenciado e particular nos indivíduos envolvidos no acolhimento e também nos vizinhos, nos membros da família extensa, na escola, nos grupos religiosos, nos demais serviços e espaços que a criança e o adolescente passarão a frequentar”.¹²⁶⁹

Elizabeth Bartholet, considerando o dano causado pela institucionalização de crianças, seja por abrigos institucionais ou o modelo estadunidense de família acolhedora – que se assemelha às casas-lares brasileiras, com a presença de muitas dessas famílias de várias crianças e, especialmente, de alta rotatividade e mudança das crianças em diferentes famílias acolhedoras –, defende o fortalecimento da adoção como política para os Estados Unidos¹²⁷⁰, que já possui números elevadíssimos nos serviços de acolhimento, como o fato de que em 2017 mais de 690 mil crianças passaram pelo sistema.¹²⁷¹

Inspirada pelos estudos de Anna Freud¹²⁷² – a qual defende uma decisão rápida pela permanência de crianças, especialmente pequenas, nas suas famílias ou pela adoção definitiva, em função na necessidade infantil de desenvolvimento de apego e responsividade com um adulto e, portanto, família de referência –, Bartholet defende que uma nova história de proteção de crianças vítimas de abuso ou negligência em suas casas:

“Maior disposição para usar a remoção de crianças, o término do poder familiar e a adoção, quando o abuso ou negligência sérios é identificado. Também precisamos de uma avaliação mais individualizada de potenciais lares acolhedores ou adotivos, e um trabalho de recrutamento mais amplo para essas casas. Precisamos de monitoramento real e serviços reais para as famílias, nos casos em que os esforços de preservação ou reunificação fazem sentido. Precisamos de serviços de

¹²⁶⁹ VALENTE, Jane. *Família Acolhedora. As relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento*. São Paulo: Paulus, 2013, p. 284.

¹²⁷⁰ Cf. BARTHOLET, op. cit.

¹²⁷¹ AdoptionandFosterCareAnalyissandReportingSytem(AFCARS), U.S.Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families, Administrationon Children, Youth and Families, Children's Bureau. Disponível em: <https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/cb/afcarsreport25.pdf>

¹²⁷² Cf. FREUD et al, 1973, 176 p.

acompanhamento por períodos mais longos, quando as crianças que já foram submetidas a maus-tratos estão vivendo em casa novamente”.¹²⁷³

No mesmo sentido Paulo Barrozo, por meio de uma visão deontológica da adoção, propõe a adoção internacional como uma das soluções para enfrentar a crise mundial de crianças sem cuidado parental, considerando que estas crianças possuem um direito fundamental e humano a serem adotadas e crescerem em um bom e digno ambiente familiar e ressaltando que: (i) os casos de negligência e abuso são mais frequentes no contexto da parentalidade biológica do que na adotiva; (ii) apesar disso, a solução não é por meio da suspensão ou proibição em massa e indiscriminada da parentalidade, seja biológica ou adotiva; (iii) o discurso filantrópico esconde um preconceito contra a adoção sob o “tapete da retórica preventiva”; (iv) a adoção como direito humano é a favor de proteção legal e de mecanismos de implementação que tratem os abusos no contexto da adoção sem causar violações ainda maiores aos direitos humanos sem cuidado parental; (v) o direito à adoção gera um dever estatal de promover o acesso dos sem pais ao instituto da adoção sem constringimentos de fronteira, etnia, raça, tribo ou religião.

1274

Barrozo, defendendo o fortalecimento vigoroso dos mecanismos e institutos jurídicos da adoção internacional, compreende a necessidade de ser realizado um movimento global pela unificação de famílias:

“Há pouca adoção internacional no mundo. Milhões de crianças sem cuidado parental em todo o mundo precisam e desejam a unificação familiar permanente. Prontos para encontrá-los estão potenciais pais que se libertaram dos reducionismos genéticos e tribalistas. Este é um movimento global de unificação familiar. Atravessando nações e continentes, este movimento reivindica o direito humano da criança sem cuidado parental à facilitação da adoção e sua urgente e vigorosa promoção, um direito humano que serve também como um recipiente

¹²⁷³ Tradução livre: “greater willingness to use child removal, parental rights termination, and adoption, when serious abuse or neglect is identified. We also need more individualized assessment of potential foster and adoptive homes, and more work recruiting more broadly for such homes. We need real monitoring and real services for families in those cases when preservation or reunification efforts make sense. We need follow-up services for longer periods of time when children once subjected to maltreatment are living at home again.” In: BARTHOLET, op. cit., p. 240.

¹²⁷⁴ BARROZO, Paulo D. **Por um lar no mundo: fundamentos jusfilosóficos do instituto da adoção como direito humano**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 45-93, jan. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8900>>.

para nossas esperanças de um futuro de compreensão e solidariedade ao redor do mundo. Aqueles na vanguarda da facilitação e promoção da adoção internacional são defensores da fronteira dos direitos humanos para dismantelar o apartheid global daqueles sem pais.”¹²⁷⁵

Ampliar o número de famílias adotantes, inclusive internacionalmente, especialmente de crianças mais velhas e advindas de grupos étnicos-raciais diversos, é sem dúvida algo fundamental. Contudo, o encaminhamento para adoção de crianças sem cuidado parental deve ser feito após uma criteriosa análise psicossocial das oportunidades e desafios para a criança, especialmente para os casos advindos de negligência, como forma de se evitar decisões precipitadas ou fundamentadas em valores subjetivos e, muitas vezes, discriminatórios.

Já em casos de abuso e violência, nos quais há a prática intencional e ativa do agente, faz-se necessário um outro encaminhamento, devendo ser encarado com o mesmo rigor do cometimento de um crime entre adultos desconhecidos, inclusive pela avaliação da possibilidade de encaminhamento da criança para adoção.

Nesse sentido, faz-se importante destacar que o modelo de adoção no Brasil pode igualmente ser desenvolvido para acolher outras formas, como a prática da adoção aberta¹²⁷⁶ e adoção compartilhada¹²⁷⁷. Além disso, ainda que aconteça a adoção, importante ser considerado as possibilidades de benefício ou não da criança

¹²⁷⁵BARROZO, Paulo D. **The Real Problem of Intercountry Adoption**. Adoption Advocate, n. 125, National Council for Adoption, Nov, 2018. Disponível em: < <https://cap.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2018/11/Barrozo-Adoption-Advocate-Nov.-2018.pdf>>

¹²⁷⁶ Cf. BARAN, A.; PANNOR, R. Open adoption. In: BRODZINSKY, D. M.; SCHECHTER, M. (Eds.) **The psychology of adoption**. New York: Oxford University Press, 1990, p. 316-331.

¹²⁷⁷ Modelo defendido por mim no CAP Working Paper Lunch Series – Spring 2017 do Child Advocacy Program da Harvard Law School, segundo o qual crianças, em determinados contextos e sempre de forma consensual, poderiam ser adotadas por uma nova família sem romper com o vínculo jurídico com a família anterior. Cf. artigo ainda não publicado “Keeping Roots, Without Losing Wings: Redesigning Adoption as an Interfamily Cooperative Solution for Neglected Children”, que tem como resumo: “Paper topic: There is no consensus among legal scholars, experts and practitioners as to how best protect children who have been neglected by their parents. While some advocate the primacy of biological kinship and the child’s permanence in the original family, especially when analyzed alongside the social-economic causes of negligence related to structural poverty and the lack of support parents have, others claim the need for children suffering from repeated neglect to be removed as quickly as possible to adoptive families, without institutionalization or foster care, to safeguard their right to a healthy development. This presentation, however, explores a third way, where adoption is seen not as a legal kinship exclusion, but rather as a legal family extension for children, through a child-sensitive, inclusive and open decision-making process in the Justice System, with support given to interfamily cooperative social dynamics in the care of children.” Disponível em: <https://cap.law.harvard.edu/events-cap-working-paper-lunch-series-spring-2017/>

manter contato com a família anterior.¹²⁷⁸

Assim, a existência de diferentes políticas públicas de encaminhamento, mas com foco na família-acolhedora, permite que a definição do melhor interesse da criança em casos de suspensão ou destituição do poder familiar possa ter mais opções de encaminhamento e, assim, satisfação desse melhor interesse no caso concreto.

Contudo, no Brasil, como destaca Valente,

“existe, ainda um grande caminho a ser trilhado em questões que afetam o cotidiano das ações direcionadas à criança e ao adolescente sob medida protetiva. (...) O cuidado e a proteção, para se tornarem ações cotidianas nos serviços de acolhimento, precisam de espaços físicos adequados, bem cuidados, com rotinas que atendam às necessidades de cada um. Isso se aplica desde o espaço individual destinado à criança e ao adolescente – reconhecido como ‘seu’ para o desenvolvimento de sua necessária segurança – até o espaço coletivo, onde haja o reconhecimento do ‘nós’, possibilitando a construção da autonomia para a vivência comunitária. É no cotidiano dessas relações que ocorrerão os primeiros ensaios de erros e de acertos de sua participação na sociedade. Para que todos esse processo ocorra, há necessidade de acompanhamento de adultos responsáveis.”¹²⁷⁹

5.5. Um modelo para maior racionalidade nas decisões sobre o melhor interesse: o sopesamento entre direitos da própria criança compartilhado por uma comunidade plural de intérpretes

Diante das condições de incerteza e alta discricionariedade – favorecidas pela indefinição e ampla abrangência dos conceitos de negligência, abandono e cuidado, da formação profissional, estrutura e recursos adequados no Sistema de Justiça insuficientes, de processos deliberativos ainda orientados na lógica adversarial e sem a devida escuta da criança e seus familiares e da falta de um ecossistema plural de políticas públicas –, um avanço significativo já seria uma melhor e mais racional explicitação por parte dos tomadores de decisão dos fundamentos decisórios na construção de suas decisões.

¹²⁷⁸ Cf. HUGHES, Beverley. Openness and Contact in Adoption: A Child-centred Perspective. *The British Journal of Social Work*, v. 25, Issue 6, dez. 1995, p. 729-747.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, p. 292.

Para além das mudanças estruturais e institucionais necessárias para garantir a proteção social especial de alta complexidade no cuidado alternativo de crianças, será apresentado um possível modelo para maior racionalidade nas decisões sobre o melhor interesse, com base na teoria dos princípios e aplicação da regra de proporcionalidade, mas considerando uma constelação analítico-interpretativa orientada pelo dever de absoluta prioridade da criança, seus direitos e melhor interesse, conforme disposto no Artigo 227 da CF.

Conforme já extensamente analisado na presente tese, o direito fundamental à absoluta prioridade garante à criança em face do Estado que em todas as decisões tomadas por seus agentes, inclusive nas judiciais, seus direitos e interesses sejam colocados em primeiro lugar. Contudo, ainda que se garantir o melhor interesse da criança com absoluta prioridade, em muitos casos não há a certeza de qual é esse melhor interesse. Nesse sentido, a aplicação da regra da proporcionalidade e do sopesamento é de grande utilidade.

Contudo, diferentemente de casos tradicionais estudados e sujeitos ao sopesamento em função da colisão entre direitos fundamentais entre indivíduos diferentes ou entre indivíduos e uma coletividade, em casos que envolvam criança, o sopesamento, quando necessário, deve ser feito no universo normativo da própria criança, como forma de satisfazer o direito dela à absoluta prioridade de seus direitos e interesses.

Por exemplo, em casos de suspensão ou destituição do poder em que não haja uma resolução expressa por parte da legislação, busca-se a identificação se o direito fundamental da criança à convivência familiar e comunitária possui precedência sobre o seu outro direito fundamental de ser educada e cuidada sem nenhuma forma de violência, abuso ou negligência.

Todavia, ainda que a regra da proporcionalidade aplicada aos direitos fundamentais em caso de colisão seja uma ferramenta analítico-estrutural muito eficiente para garantir melhor racionalidade à justificação decisória, pela maior transparência de sua argumentação e fundamentos decisórios, a discricionariedade do tomador de decisão continua alta, uma vez que são eles próprios, sozinhos, que muitas vezes atribuem os pesos abstratos aos comportamentos dos agentes

envolvidos nos casos concretos.

Como já analisado anteriormente, essa é uma das críticas suscitadas por Habermas ao considerar que o método do sopesamento possibilita um excessivo subjetivismo na interpretação jurídica, submetendo disposições constitucionais às decisões políticas possivelmente voluntaristas e arbitrárias, não sendo, portanto, um método racional.¹²⁸⁰

Apesar de discordar de Habermas sobre a falta de racionalidade da regra da proporcionalidade – uma vez que por meio dela e do sopesamento, permite-se justamente o compartilhamento de uma linguagem racional e transparência da lógica decisória, propiciando um agir comunicativo forte na comunidade de intérpretes do direito –, o problema da permanência do subjetivismo e a alta discricionariedade na atribuição dos pesos abstratos subsiste, mas não de forma insuperável.

Um caminho de limitação desse subjetivismo e alta discricionariedade é apresentado pelo próprio Habermas, ao destacar o princípio de “todos afetados” (*all-affected principle*), segundo o qual as bases da justificação e validade das normas e decisões em uma democracia é a possibilidade de que todos aqueles afetados pela decisão tenham acesso e possam participar dela. Como já citado, Reiner Forst, desenvolvendo essa mesma ideia, considera como uma violação de direitos a impossibilidade de participar da tomada de decisão, sendo o direito de participação nas decisões o direito dos direitos.¹²⁸¹

A participação dos afetados e/ou interessados diretamente nas decisões que lhes afetam é uma ideia estratégica e eficiente, inclusive do ponto de vista de gestão dos conflitos, da racionalidade econômica e de incentivos comportamentais de aderência às normas estabelecidas, especialmente em discussões acerca de matérias, objetos ou recursos escassos, cujo manejo ou uso possuem um amplo impacto nas relações interpessoais e comunitárias, como no caso da gestão dos bens comuns.¹²⁸²

¹²⁸⁰ HABERMAS, 1997, p. 555.

¹²⁸¹ FORST, 2011, op. cit., p. 40; e FORST, 2007, p. 32-34.

¹²⁸² Cf. OSTROM, Elinor. **Governing the Commons – the evolution of Institutions for collective action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Desenvolvendo uma das teorias mais respeitadas e reconhecidas sobre a gestão compartilhada de bens comuns¹²⁸³ – superando o modelo econômico clássico da tragédia dos comuns¹²⁸⁴ –, Elinor Ostrom, prêmio Nobel de economia em 2009, desenvolveu por meio de sua pesquisa empírica de comunidades bem-sucedidas na gestão de recursos de bem comum (*Common Pool Resources* – CPRs), uma lista de oito princípios de *design* (*design principles*): (i) definição de limites claros do bem comum; (ii) as regras definidas coletivamente para gestão do bem comum devem se atentar para as necessidades locais, adequando-se ao contexto; (iii) processo decisório coletivo e participativo, pelo entendimento de que pessoas cumprem mais as regras que ajudam a criar; (iv) o bem comum e o cumprimento das regras devem ser monitorados; (v) as sanções estabelecidas para quem desrespeita as regras de uso do bem comum devem ser graduais, por meio de avisos e multas, uma vez que o banimento abrupto cria ressentimentos e não contribui para a coesão comunitária; (vi) mecanismos de resolução de conflitos devem ser de fácil acesso; (vii) o direito de se organizar autonomamente deve permitir que as regras estabelecidas coletivamente possam ser legitimadas e não desafiadas por autoridades governamentais externas; (viii) bens comuns funcionam melhor quando localizados em redes maiores de apoio.¹²⁸⁵

Apesar da teoria dos bens comuns de Ostrom e seus princípios de governança dos CPRs terem sido desenvolvidos, inicialmente, para aplicação de bens materiais escassos, mais recentemente, os desenvolvimentos feitos pela própria autora iniciaram uma aplicação dos conceitos a bens imateriais, como o entendimento do conhecimento e suas transmissões como um bem comum.¹²⁸⁶

Nesse sentido, poderia ser aventado – ainda que sejam necessários estudos futuros para o detalhamento desta possibilidade – que a proteção e promoção da criança, seus direitos e melhor interesse é um bem comum. Tal hipótese encontra,

¹²⁸³ Aqueles considerados não exclusivos, fundamentais para a vida humana e potencialmente limitados e esgotáveis, como por exemplo a água.

¹²⁸⁴ A impossibilidade de gestão coletiva de bens comuns, o que implicaria a necessidade de divisão em bens particulares, para que cada um cuide, individualmente, do que é seu, como a estratégia mais eficiente do ponto de vista econômico.

¹²⁸⁵ OSTROM, op. cit., p. 90.

¹²⁸⁶ Cf. HESS, C.; OSTROM, E. *A Framework for Analyzing the Knowledge Commons*. In: **Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice**. Cambridge: MIT, 2005.

inclusive, fundamento no próprio Artigo 227, que estabelece o compartilhamento entre todos os agentes do Estado, sociedade e famílias. Ainda, essa ideia encontra ressonância, inclusive, na proposição feita na presente tese, de uma nova função de direitos fundamentais: o direito à solidariedade. O direito fundamental da criança à solidariedade reforça o entendimento da necessidade de se ver a promoção e proteção de seus direitos e melhor interesse como um bem comum, um objetivo a ser perseguido por todos.

Para a presente tese – apesar de todos os princípios elencados por Ostrom possuírem reverberações importantíssimas na gestão de conflitos envolvendo o bem comum de promoção e proteção dos direitos da criança –, neste momento, o princípio número três é o mais relevante, pois destaca a necessidade de um processo decisório ser coletivo e participativo para uma boa gestão das CPRs, inclusive como forma de gerar mais conformidade e cumprimento das decisões.

Neste sentido, propõe-se que a atividade decisória acerca do melhor interesse da criança em um caso concreto seja feita por uma comunidade plural de intérpretes. Assim, ao contrário de um modelo de “sociedade fechada”, que concentra a análise da interpretação constitucional em juízes e nos procedimentos formalizados, sugere-se um modelo não só aberto, conforme indicado anteriormente por Häberle, mas também plural, que incorpore outras ciências voltadas para aferição do melhor interesse e bem comum da criança e família envolvidas e pelo qual estejam presentes todos os afetados e/ou interessados na decisão, especialmente as crianças e suas famílias.¹²⁸⁷ Faz-se importante essa qualificação, como adendo ao conceito de abertura propostos por Häberle, pois uma comunidade aberta, não significa necessariamente que nela estarão presentes uma pluralidade de opiniões e vozes. Logo, o conceito de “plural” permite que o Estado realize todos os esforços necessários para que todos os afetados e interessados estejam presentes.

Na prática, a sugestão é para que em casos que envolvam crianças, os tomadores de decisão encarregados hoje individualmente pelo fornecimento da tutela jurisdicional, envolvam diretamente e de forma constante toda a sua equipe

¹²⁸⁷ HÄBERLE, op. cit., p. 13.

técnica multiprofissional – psicólogos, assistentes sociais etc. –, agentes do Sistema de Justiça – conselheiros tutelares, promotores, advogados, defensores, profissionais do SUS, SUAS e da rede de educação ou comunitária – e, ainda, as crianças e suas famílias – por meio da escuta sensível e participação direta por meio de dinâmicas acolhedoras e respeitadas, dentro dos limites possíveis e observados pela equipe interdisciplinar em cada caso.

Cabe a todos os agentes do Sistema de Justiça, o fomento de um ambiente consensual e amigável, afastando as dinâmicas típicas da lógica adversarial de resolução de conflitos, para que os casos e suas variáveis possam ser revisados e os pesos abstratos utilizados no sopesamento possam ser atribuídos coletivamente. Nesse sentido, e de forma específica, os tomadores de decisão poderiam se utilizar de um instrumento já existente na legislação para facilitar esse encontro: as audiências concentradas.

As audiências concentradas advêm do art. 19, § 1º do ECA¹²⁸⁸, que estabeleceu a necessidade de reavaliação dos casos e planos individuais de atendimento (PIA) das crianças em situação de acolhimento, que não estabelece nem um número máximo de audiências, nem mesmo quando elas devem ocorrer, podendo ser utilizadas, inclusive, antes da decisão da suspensão ou destituição do poder familiar e, assim, antes do acolhimento. Elas cumprem o papel fundamental da integração da VIJ com a rede de serviços, permitindo maior horizontalidade nas relações e o planejamento conjunto de cada caso.

Apesar das normas já existentes e das orientações técnicas e práticas que determinam a atuação em rede, por uma articulação integrada com todo o SGD, muitos agentes do Sistema de Justiça continuam resistentes em sistemas compartilhados de responsabilidade e decisão. Ainda, em função da alta sobrecarga de trabalho das VIJs e, muitas vezes, da inabilidade de gestão sensível dos casos por parte dos tomadores de decisão, os procedimentos já existentes, como as

¹²⁸⁸ “Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.”

audiências concentradas, não são aproveitadas ao máximo como espaço de troca e tomada de decisão conjunta.

Igualmente no âmbito dos tribunais Superiores, inclusive no processo constitucional do STF, uma comunidade de interpretação plural pode ser formada para as decisões que envolvam crianças e seus interesses. Nesse sentido, destaca-se de forma prática os instrumentos do *amicus curiae* e das audiências públicas, como ferramentas jurídicas e espaços de participação ampla dos interessados e afetados nas decisões constitucionais. Em ambos os instrumentos, diferentes atores sociais, inclusive crianças, podem exercer seu direito à participação no âmbito do STF, permitindo que suas diferentes vozes, perspectivas e pedidos sejam incorporados à conformação da decisão final.

Por isso, faz-se necessário um modelo decisório acerca do melhor interesse da criança que leve em consideração essas diferentes dinâmicas. Ainda que um modelo de justificação e interpretação-analítica constelar dos direitos fundamentais de crianças em casos concretos não resolva todas as questões suscitadas, ele pode ser um passo inicial para atribuir maior racionalidade e evidenciar de forma mais transparentes as categorias jurídicas e políticas envolvidas.

Importante, ainda, esclarecer que apesar da regra da proporcionalidade e sopesamento aplicados aos direitos fundamentais tenha sido desenvolvida inicialmente no âmbito constitucional do direito público, a análise de casos concretos que envolvem a prioridade absoluta de direitos fundamentais e o melhor interesse de crianças não está restrito a esse campo do direito e aos tomadores de decisão no âmbito do tribunal constitucional, especialmente em função do processo de irradiação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do direito (constitucionalização do direito), que limita ou determina substancialmente conteúdos do direito ordinário, conforme já analisado anteriormente.

5.5.1. Modelo analítico-interpretativo constelar do melhor interesse da criança

Conforme o modelo de aplicação para direitos fundamentais considerados

expressamente como absolutos, apresentado no item 4.2.3 do capítulo 4, permite-se, assim, para a análise e resolução de casos concretos envolvendo o direito fundamental da criança à absoluta prioridade dos seus direitos e melhor interesse, o uso de uma constelação analítico-interpretativa com base na rede de normas, regras e princípios que compõem o feixe de posições e funções deste direito fundamental e suas definições e aplicações pela doutrina e jurisprudência.

Dessa forma, diante de casos que envolvam crianças e seus direitos fundamentais, o aplicador da lei, para uma justificação racional de sua decisão, pode recorrer ao seguinte método de interpretação e análise estrutural: 1. delimitação do universo normativo do problema; 2. identificação da rede de normas aplicáveis, em caso de falta de previsão legal ou jurisprudencial anterior; 3. aplicação das regras por subsunção, pelo silogismo e modelo estruturado de argumentação; 4. aplicação da regra de proporcionalidade, mas com sopesamento restringido à busca do melhor interesse da criança (sopesamento no universo normativo de direitos da própria criança); se for um caso de 5. conflito com direitos fundamentais de outros indivíduos não previsto pela legislação ou jurisprudência, a prioridade absoluta da criança, especialmente em seu sentido estrito, pode ser afastada desde que as contrarrazões superem o grande peso abstrato dado à criança, seus direitos e melhor interesse; e, por fim, se restar ainda dúvida diante do caso concreto, em função de 6. incertezas epistêmicas, os princípios formais são ferramentas úteis para a resolução do caso concreto.

Para facilitar a compreensão do presente modelo, será utilizado o exemplo de dois casos hipotéticos de suspensão ou destituição do poder familiar por violência¹²⁸⁹ parental. O caso n. 1 refere-se ao processo de destituição do poder familiar pela acusação do Ministério Público contra pai que cometeu o crime de estupro contra sua filha e o caso n. 2 ao processo de destituição do poder familiar contra mãe acusada de negligência e abuso de seu filho, especialmente pela dependência de substâncias psicoativas.

¹²⁸⁹ Violência utilizada aqui como termo geral para maus-tratos, abuso ou negligência.

5.5.1.1. Delimitação do universo normativo do problema

O primeiro passo na análise de um caso concreto que envolva a prioridade absoluta de direito fundamental e melhor interesse da criança é a delimitação normativa do problema, pela seleção das ações humanas que constituem o universo discursivo, o que permite dimensionar e tornar o problema manejável.¹²⁹⁰

Em um caso de suspensão ou destituição do poder familiar por violência parental pode-se definir como universo discursivo as ações ou omissões parentais contra seus filhos que resultem em ameaça ou dano à sua integridade física, psíquica e moral.

5.5.1.2. Identificação da rede de normas aplicáveis

Para identificação da rede de normas, busca-se todas as regras, princípios e jurisprudência aplicáveis *prima facie* a esse universo discursivo. Ainda que os direitos fundamentais estejam concentrados nos textos e jurisprudências constitucionais, faz-se importante reconstituir a rede de normas de uma forma ampla, buscando nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e nas leis ordinárias, mesmo que sujeitas ao controle de constitucionalidade, o conteúdo de detalhamento desses direitos.

Destaca-se, neste ponto, que no universo discursivo de qualquer caso concreto envolvendo os direitos ou interesses de uma criança ou grupo de crianças, o direito fundamental da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse sempre estará presente.

Na destituição do poder familiar estão envolvidos os seguintes direitos fundamentais: o direito da criança à proteção estatal contra toda forma de violência; o direito da criança de ser cuidada e tratada sem violência; o dever parental da paternidade responsável; o direito parental ao poder familiar; o dever do Estado de proteção e intervenção na família para proteção da criança; o direito da criança à convivência familiar e comunitária; o direito de defesa da criança contra a

¹²⁹⁰ MORESO, op. cit., p. 40.

intervenção estatal indevida e contra violência institucional, inclusive no socioacolhimento; o direito da criança à solidariedade; e o direito da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse.

No âmbito das leis ordinárias, importante considerar as disposições do ECA, do Código Civil e do Código Penal, que preveem tanto as hipóteses de perda do poder familiar como os encaminhamentos possíveis dados às crianças, como, por exemplo, acolhimento institucional, família acolhedora ou adoção.

Segundo tais disposições, são hipóteses de suspensão do poder familiar segundo o art. 1.637 do CC: (i) abuso de autoridade; (ii) falta com relação aos deveres da responsabilidade parental; (iii) arruinar bens dos filhos.

São, ainda, causas para perda do poder familiar: (i) condenação por crimes “dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado”¹²⁹¹, o que foi especificado pelo parágrafo único do art. 1.638 do CC¹²⁹²; (ii) castigo imoderado¹²⁹³; (iii) abandono¹²⁹⁴; (iv) prática de atos contrários à moral e aos bons costumes¹²⁹⁵; (v) reincidência nos atos de “abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos”¹²⁹⁶; (vi) entrega irregular de filhos a terceiros para fins de adoção¹²⁹⁷.

Ainda, importante ressaltar as disposições do art. 23 do ECA, que limitam a intervenção do Estado, determinando que a “falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão”, que a “condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder

¹²⁹¹ Art. 92, II do Código Penal.

¹²⁹² Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.”

¹²⁹³ Art. 1.638, I do Código Civil.

¹²⁹⁴ Art. 1.638, II do Código Civil.

¹²⁹⁵ Art. 1.638, III do Código Civil.

¹²⁹⁶ Art. 1.638, IV e art. 1.637 do Código Civil.

¹²⁹⁷ Art. 1.638, V do Código Civil.

familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente” e que “não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção”.

Importante, ainda, considerar as disposições relativas ao direito à convivência familiar e comunitária da criança (livro I, título II, capítulo III do ECA), que garantem a excepcionalidade do afastamento do convívio familiar, a provisoriedade do afastamento do convívio familiar, a preservação e fortalecimento dos vínculos familiares por meio de políticas públicas de serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção.

Com relação à jurisprudência, destaca-se as que o STJ estabeleceu em sua Súmula n. 594 que o Ministério Público possui legitimidade ativa para ajuizar ações relativas às medidas de proteção do art. 98 do ECA, inclusive pela “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”¹²⁹⁸. A referida Corte Superior tem firmado entendimento no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário¹²⁹⁹, o que tem permitido a permanência de

¹²⁹⁸ Cf. informações adicionais do recurso repetitivo, tema 717, que originou a súmula: “Tem legitimidade o Ministério Público para ajuizar ação de alimentos em favor de menores ainda que estejam sob o poder familiar de um dos pais. Isso porque a defesa dos interesses de crianças e adolescentes, sobretudo no que concerne à sua subsistência e integridade, insere-se nas atribuições centrais da instituição, que recebeu a incumbência constitucional de defesa dos interesses individuais indisponíveis. Os direitos à saúde e à alimentação são garantidos diretamente pelo artigo 227 da Constituição Federal, com prioridade absoluta, de modo que o Ministério Público detém legitimidade para buscar a concretização, pela via judicial, de tais direitos de especial estatura. Além disso, diante da ideologia jurídica sobre a qual o ECA, a Constituição Federal e diplomas internacionais foram erguidos, que é a doutrina da proteção integral, prevista no artigo 3º do ECA, não é acertado inferir que a legitimidade do Ministério Público só existe nas hipóteses do artigo 98 desse Estatuto, isto é, ou quando houver violação de direitos por parte do Estado, ou por falta, omissão ou abuso dos pais, ou em razão da conduta da criança ou adolescente, ou, ainda, quando não houver exercício do poder familiar. É decorrente lógica da doutrina da proteção integral o princípio da intervenção precoce, expressamente consagrado no artigo 100, parágrafo único, inciso VI, do ECA, segundo o qual a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida.”

¹²⁹⁹ Precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n.

crianças em famílias adotantes por processos irregulares ou pela chamada adoção *intuitu personae*, que não seguem a fila do cadastro nacional de adoção¹³⁰⁰, inclusive anulando decisão de afastamento de poder familiar que não tenha feito estudo social para avaliar as condições de cuidado da criança.¹³⁰¹

No âmbito internacional, destaca-se a própria CDC/ONU, que garante no seu art. 9 o direito da criança de não ser separada de seus pais “salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada”. Ainda, importante também é a Resolução n. 64/142 de 2010, adotada pela Assembleia Geral da ONU, que estabeleceu as diretrizes para o cuidado alternativo de crianças, o qual estabelece que os Estados devem realizar todos os esforços possíveis para promover cuidado parental, prevenir a separação de famílias, promover a reintegração de famílias, detalhando todos os casos e políticas adequadas para quando isso não for mais possível.¹³⁰²

Destacam-se, ainda, as seguintes decisões do STJ: manutenção do poder

1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010.

¹³⁰⁰ Cf. acórdão do HC 468691 / SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11.03.2019: “9. A disciplina do art. 50 do ECA, ao prever a manutenção dos cadastros de adotantes e adotandos, tanto no âmbito local e estadual quanto em nível nacional, este último regulamentado pela Resolução n. 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, visa conferir maior transparência, efetividade, segurança e celeridade no processo de adoção, assim como obstar a adoção *intuitu personae*. Contudo, não se pode perder de vista que o registro e classificação de pessoas interessadas em adotar não têm um fim em si mesmos, antes devem servir, precipuamente, ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes. Portanto, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para a adoção não tem um caráter absoluto, pois deverá ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar.”

¹³⁰¹ Processo sem número em função de segredo judicial, mas com posicionamento do STJ disponível em:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Anulada-decis%C3%A3o-que-afastou-poder-familiar-por-ado%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-brasileira-sem-exig%C3%Aancia-de-estudo-social; ver ainda: REsp 1.674.207-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira turma, DJe 24/04/2018

¹³⁰² A/RES/64/142, Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Third Committee (A/64/434)] 64/142. Guidelines for the Alternative Care of Children

familiar por inviabilidade de adoção¹³⁰³, exclusão da multa por descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar em função de hipossuficiência financeira e vulnerabilidade familiar¹³⁰⁴; possibilidade de filho ajuizar ação de prestação de contas em desfavor dos pais para avaliar abuso na administração de seus bens¹³⁰⁵; questionamento da irrevogabilidade na adoção unilateral, que pode ser flexibilizada no melhor interesse do adotando¹³⁰⁶; necessidade de percepção de alimentos do portador de doença mental incapacitante, independentemente da maioridade civil do alimentado¹³⁰⁷; possibilidade de adoção consentida de apenas um dos genitores em função de abandono pelo outro genitor¹³⁰⁸; possibilidade de deferimento de guarda aos avós com consentimento, se não comprovada a “guarda previdenciária”¹³⁰⁹; competência da justiça comum estadual para processar e julgar a ação de destituição de poder familiar ajuizada pelo MP estadual contra indígena¹³¹⁰; impossibilidade de ensino em casa (prática do *homeschooling*)¹³¹¹; criança nascida de barriga de aluguel pode ficar com o pai registral¹³¹².

Já no STF, com relação ao exercício ou perda do poder familiar, destaca-se a repercussão geral no âmbito do RE 898060/SC em setembro de 2016, cujo relator foi o ministro Luiz Fux, garantindo a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, admitindo a coexistência de parentalidades simultâneas¹³¹³, o que foi posteriormente reforçado pelo Provimento n. 63 de

¹³⁰³ Processo sem número em função de segredo judicial, mas com posicionamento do STJ disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/12515/Por+considerar+ado%C3%A7%C3%A3o+invi%C3%A1vel,+STJ+mant%C3%A9m+poder+familiar+de+pais>;

¹³⁰⁴ REsp 1.658.508-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, terceira turma, DJe 26/10/2018.

¹³⁰⁵ REsp 1.623.098-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, terceira turma, DJe 23/03/2018.

¹³⁰⁶ REsp 1.545.959-SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, terceira turma, DJe 1/8/2017.

¹³⁰⁷ REsp 1.642.323-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, terceira turma, DJe 30/3/2017.

¹³⁰⁸ REsp 1.199.465-DF, DJe 21/6/2011; REsp 100.294-SP, DJ 19/11/2001, e SEC 259-EX, DJe 23/8/2010. REsp 1.207.185-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 11/10/2011.

¹³⁰⁹ REsp 97.069-MG, DJ 1º/9/1997; REsp 82.474-RJ, DJ 29/9/1997; REsp 993.458-MA, DJe 23/10/2008, e REsp 945.283-RN, DJe 28/9/2009. REsp 1.186.086-RO, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 3/2/2011.

¹³¹⁰ CC 100.695-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/8/2009.

¹³¹¹ MS 7.407-DF, Rel. Min. Peçanha Martins, julgado em 24/4/2002.

¹³¹² Processo sem número em função de segredo judicial, mas com posicionamento do STJ disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/112326986/crianca-nascida-de-barriga-de-aluguel-sera-mantida-com-pai-que-a-registrou>

¹³¹³ RE 898060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 24/08/2017, conforme acórdão: “13. A paternidade

novembro de 2017 do CNJ, que autorizou o reconhecimento da socioafetividade em cartórios.¹³¹⁴

Ainda, o STF solidificou o entendimento de que crimes de abuso do pátrio poder com base em costumes (art. 225, § 1º, II CP)¹³¹⁵ ou atentado ao pudor¹³¹⁶ ou estupro¹³¹⁷ contra crianças é ação penal pública.

Contudo, especificamente para casos de suspensão ou destituição do poder familiar por violência parental, os quais normalmente necessitam de reexame probatório, a Súmula n. 279 do STF determinou o entendimento da impossibilidade de recurso extraordinário para simples reexame de prova, o que inclui esses casos.¹³¹⁸

Necessário, ainda, registrar as disposições orientadoras do parágrafo único do art. 100 do ECA para aplicação das medidas de proteção, inclusive pela “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”, entre as quais estão: I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos; II - proteção integral e prioritária; III - responsabilidade primária e solidária do poder público; IV - interesse superior da criança e do adolescente; V - privacidade; VI - intervenção precoce; VII - intervenção mínima; VIII - proporcionalidade e atualidade; IX - responsabilidade parental; X - prevalência da família; XI - obrigatoriedade da

responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. 14. A pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de “dupla paternidade” (dual paternity), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. 15. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7º).”

¹³¹⁴ Provimento Nº 63 de 14/11/2017, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>

¹³¹⁵ HC 81368 / MG, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª turma, DJ 22.11.2002.

¹³¹⁶ HC 80378 / AL, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª turma, DJ 16.02.2001.

¹³¹⁷ HC 77265 / SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª turma, DJ 13.11.1998.

¹³¹⁸ Súmula do STF n. 279: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”, conforme disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2174>

informação da criança e do adolescente; e XII - oitiva obrigatória e participação da criança e do adolescente.

Por fim, destaca-se as orientações técnicas do Ministério do Desenvolvimento Social, do Conanda e outros órgãos de representação do Sistema de Justiça (como o CNMP) também gestores das políticas públicas de socioacolhimento, como: o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária¹³¹⁹, Orientações Técnicas para elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento do MDS¹³²⁰, Orientações Técnicas para os Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes do MDS¹³²¹, Resolução n. 71 de 2011 do CNMP¹³²²; Resoluções n. 173 e n. 187 do Conanda sobre Crianças e Adolescentes em Situação de Rua¹³²³; Resolução Conjunta CNAS/Conanda n. 1 de 2010, que estabelece parâmetros para orientar a constituição de Comissões Intersetoriais de Convivência Familiar e Comunitária¹³²⁴.

5.5.1.3. Aplicação das regras por subsunção, silogismo e modelo estruturado de argumentação

Após identificado a rede de normas pertencentes ao universo discursivo do caso em concreto e considerando a necessidade de se garantir o direito fundamental

¹³¹⁹ Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriancasAdolescentes%20.pdf

¹³²⁰ Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/arquivo/assistencia_social/OrientacoestecnicasparaelaboracaoPIA.pdf

¹³²¹ Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/orientacoes-tecnicas-servicos-de-acolhimento.pdf

¹³²² Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0712.pdf>

¹³²³ Res. N. 173, disponível em: http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2017/08/0344c7_4fe2ba1cd6854b649d45d71a6517f80d.pdf; Res. n. 187, disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/novodireito/conanda/resolucoes/resolucao-no-187-de-23-de-maio-de-2017>

¹³²⁴ Disponível em: <http://www.mds.gov.br/cnas/legislacao/resolucoes/arquivos-2016/cnas-2016-001-15-12-2016.pdf/download>

da criança à prioridade absoluta de todos seus direitos e melhor interesse, faz-se necessário, assim, a aplicação de todas as regras cabíveis ao caso concreto por subsunção.

Ao contrário do que pode aparentar, a subsunção de um fato a uma regra não é tarefa desprovida de complexidade. Ainda que se pressuponha que as regras possuam comandos normativos específicos, detalhados e claros, a realidade fática nas suas particularidades sempre apresenta desafios que podem tornar controversa a possibilidade de aplicação ou não de uma regra, gerando dúvidas e incertezas. Contudo, essas dúvidas ou incertezas não são solucionadas apenas pelo sopesamento.

Nesse sentido, o modelo apresentado para subsunção é o silogismo, um método lógico aplicado por meio de um raciocínio dedutivo estruturado formalmente a partir de duas premissas (*Obersatz* e *Untersatz*), pelas quais é obtida por inferência a conclusão (*Schlussatz*).¹³²⁵

Para facilitar o manuseio do método lógico orientado pelo silogismo, será utilizado na presente tese o estilo de construção argumentativa apresentado pelo modelo estruturado de resolução de casos conhecido na Alemanha como estilo parecerista (*Gutachtenstil*), o qual também é base para o estilo de decisão (*Urteilsstil*).

Esse modelo oferece uma esquematização racional do silogismo, possibilitando a argumentação estruturada se os fatos de um caso subsumem-se às normas previstas pela instituição de quatro critérios básicos: 1. premissa maior (*Obersatz*); 2. condições e definição (*Voraussetzung/Definition*); 3. ato de subsunção (*Subsumtion*); e 4. conclusão (*Konklusion*).

5.5.1.3.1. Premissa maior

A premissa maior é a hipótese apresentada para determinado ponto em análise, expresso na forma de possibilidade e, normalmente, englobando as perguntas que fundamentam a reivindicação (*Anspruchsgrundlage*): “Quem?”,

¹³²⁵ ALEXY, R. **On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison.** Ratio Juris, Vol. 16 No. 4 December, 2003, p. 433-434.

“Quer algo?”, “De quem?”, “De onde?”.

Ainda, são apresentados os fatos jurídicos objetivos e subjetivos (*Tatbestand*) e suas características e apresentação como tipo legal (*Tatbestandsmerkmal*).

Por exemplo, no caso n. 1 de um pai que tenha sido condenado por crime de estupro contra filha e o Ministério Público solicita perda do poder familiar, a premissa maior de hipótese seria: o pai poderia ser destituído do poder familiar pela prática de crime de estupro contra a própria filha, conforme art. 92, II, do CP e art. 1.638, II, b do CC. Para tanto, o pai deve ter cometido o crime de estupro contra sua filha e ser condenado por isso.

No caso n. 2, em que uma mãe é acusada de abandono e negligência do filho pelo consumo e dependência de substâncias psicoativas e por não prover recursos materiais de cuidado, a premissa maior de hipótese seria: a mãe poderia ser destituída do poder familiar pela prática de abandono, de atos contrários à moral e aos bons costumes e da reincidência de faltas com relação ao dever de cuidado com seu filho, conforme disposto no art. 1.638, incisos II, III e IV do CC, respectivamente. Para tanto, a mãe deve ter cometido atos de abandono ou contrários à moral e aos bons costumes ou, ainda, reincidido em faltas com relação ao dever de cuidado.

5.5.1.3.2. Definição

Após apresentada a hipótese, os fatos e suas características, é preciso defini-los de acordo com as disposições legais, doutrinarias e jurisprudenciais, inclusive explicitando as disputas teóricas nestas definições. Neste ponto, é fundamental o uso de definições já previstas na comunidade de interpretação jurídica, designando os elementos constituintes dos fatos e regras apresentadas na premissa maior, os quais dão fundamento à reivindicação.

No caso n. 1, as características do fato a serem definidas juridicamente são, por exemplo: a relação de parentesco entre pai e filha; exercício do poder familiar; condenação por crime doloso sujeito à pena; prática de crime de estupro, de

vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual da filha.

Para tais características, a própria legislação e doutrina apresentam conceitos bem definidos, como o conceito de parentesco¹³²⁶, poder familiar¹³²⁷, estupro¹³²⁸, estupro de vulnerável¹³²⁹ e crime doloso¹³³⁰, com destaque para as disposições e definições da Lei n. 13.431 de 2017¹³³¹. Já para o termo “condenação”, previsto no art. 92, II do CP, pode haver uma discussão se ele engloba ou não o conceito de transitado em julgado. Ainda, o art. 1.638 do CC, II, b, ao abordar o tema da destituição do poder familiar, não repete o termo “condenação”, mas apenas a expressão “praticar contra filho, filha...”, o que é fato importante para a discussão com relação à definição.

Já no caso n. 2, inclusive referente a um dos casos que mais dão ensejo à suspensão ou destituição do poder familiar no Brasil, as características dos fatos a serem definidas juridicamente são, por exemplo: parentesco, poder familiar, abandono, dependência de substâncias psicoativas, atos contrários à moral e aos bons costumes, dever de cuidado, faltas, reincidência, carência de recursos materiais, abuso, negligência e abandono.

Enquanto alguns elementos possuem definições específicas na lei, como parentesco, poder familiar, abandono¹³³² e alguns elementos do dever de cuidado parental¹³³³, outros são carentes de detalhamento, clareza ou, até mesmo, precisão por parte das legislações e doutrina, conforme já visto. Por exemplo, o que e quais são os atos contrários à moral e aos bons costumes? O que é classificado como dependência química ou substância psicoativa? Ainda que o ECA vede em seu art.

¹³²⁶ O art. 1.593 do CC e a doutrina civilista estabelecem os conceitos de parentesco natural (consanguinidade), civil (adoção), por afinidade (casamento) e socioafetivo.

¹³²⁷ Art. 1.634 do CC.

¹³²⁸ Art. 213 do CP.

¹³²⁹ Art. 217-A

¹³³⁰ Art. 18, I CP.

¹³³¹ Art. 4o, III, a: III - violência sexual, entendida como qualquer conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda: “abuso sexual, entendido como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para fins sexuais, seja conjunção carnal ou outro ato libidinoso, realizado de modo presencial ou por meio eletrônico, para estimulação sexual do agente ou de terceiro;”

¹³³² Art. 133 do CP.

¹³³³ Art. 1.566, IV CC; art. 1.1568 CC; art. 1.696 do CC; art. 1.724 do CC; art. 18-A do ECA; art. 22 do ECA

23 que “falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”. Assim, não prover alimentos, educação ou cuidados de saúde e higiene adequados é considerado uma falta no dever de cuidado ou carência de recursos materiais?

Tais perguntas são ainda mais importantes diante da falta de previsão normativa ou doutrinária, pois podem ser causa de questionamento da racionalidade ou, até mesmo, legalidade das decisões de suspensão ou perda do poder familiar que se fundamentam nesses conceitos.

5.5.1.3.3. Ato de subsunção

Após elencados os fatos, os tipos legais e suas definições jurídicas, pode ser verificado se, de acordo com os fatos, as condições especificadas na definição jurídica são preenchidas, sendo necessário responder a cada elemento apresentado na definição.

Logo, observa-se que a subsunção de regras tem uma relação direta com a definição elementos jurídicos de determinado caso concreto. Ou seja, quanto mais detalhado e especificado os conceitos jurídicos ou comandos normativos presentes em determinado caso concreto, mais definido ele é, portanto, mais fácil será feita a sua subsunção.

Nesse sentido, uma outra forma, para além do sopesamento, de enfrentar a indefinição ou racionalidade justificatória de determinado direito fundamental em casos concretos é garantir o detalhamento ou especificidade das definições e previsões legais dos conceitos jurídicos e das hipóteses de sua aplicação.

No caso n. 1, por ter seus elementos jurídicos já definidos pela legislação ou doutrina, a subsunção é mais simples diante do preenchimento das condições especificadas com os fatos ocorridos.

Já no caso n. 2, a falta de definições ou previsões jurídicas detalhadas – como a indefinição do conceito de atos contrários à moral e aos bons costumes ou se dependência química configura ato de falta do dever parental de cuidado – impossibilitam a segurança jurídica necessária para a subsunção da previsão

normativa de suspensão ou perda do poder familiar com base nesses fundamentos, gerando incerteza e grande discricionariedade por parte do aplicador e tomador de decisão.

Ainda, diante da indecisão na resolução de um caso concreto que envolva direitos fundamentais de crianças e adolescentes, importante, antes de se aplicar a proporcionalidade, utilizar-se dos cânones de interpretação já desenvolvidos pelas teorias constitucionais e normativas.

Nesse sentido, destaca-se novamente cânones tradicionais gramatical, histórico, sistemático e teleológico, na formulação clássica de von Savigny¹³³⁴, e os métodos tópico-problemático e o hermenêutico concretizador, desenvolvidos pelas teorias consideradas modernas.

Ainda, importante ressaltar as disposições da Lei de Introdução às Normas Brasileiras (LINDB), que estabeleceu nos seus artigos 4º e 5º determinações relevantes aos juízes diante da omissão legal e para aplicação da lei: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e “art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim, para o caso n. 1, especificamente com relação ao termo condenação, pode se utilizar do método teleológico e sistemático para resolução do caso concreto e a compreensão do objetivo central das disposições do CP e do ECA, que abordam a perda do poder familiar por condenação criminal de crime doloso contra descendente, no caso, estupro contra a filha.

Considerando que as disposições possuem o objetivo de proteger a criança contra toda forma de violência parental com absoluta prioridade, pode-se compreender que não se faz necessário do trânsito em julgado para afastar a criança do convívio com o suposto agressor, desde que apresentada provas mínimas possibilitadas pela análise material dos fatos. Contudo, o art. 5º, inciso LVII da CF também preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que impossibilita a aplicação direta da consequência da perda do poder familiar, antes do trânsito em julgado da sentença

¹³³⁴ BARROSO, op. cit., p. 290.

condenatória criminal.

Assim, analisada as provas iniciais, constatada situação de risco para a criança por avaliação psicossocial com absoluta prioridade, o Estado possui legitimidade para afastar a criança do convívio do acusado como agressor, inclusive pela suspensão do poder familiar. Contudo, por uma interpretação teleológica e sistemática das normas, a perda completa do poder familiar poderia se dar somente após trânsito em julgado da sentença.

Importante considerar, especialmente neste tema sobre crimes e ofensas à dignidade sexual da criança, que a comprovação e a materialidade do crime são, muitas vezes, de difícil investigação. Nesse sentido, a escuta especializada¹³³⁵ por profissionais treinados e sensíveis, e o depoimento especial¹³³⁶ da criança no processo judicial são de grande relevância, conforme determina a Lei n. 13.431 de 2017 para embasamento da decisão.

Nesse ponto, é fundamental destacar a atuação da equipe técnica de psicólogos e assistentes sociais para a realização dos estudos e pareceres psicossociais. Somente por meio de uma cognição profissional da realidade, pode-se melhor desenhar uma certeza epistêmica. Ainda, considerando que muitos casos envolvem nuances e pontos de vista, faz-se fundamental que essa mesma equipe técnica seja envolvida na tomada de decisão de todos os andamentos do processo, desde a decisão pelo afastamento do convívio e suspensão do poder familiar até no pedido definitivo de destituição do mesmo.

Já com relação ao caso n. 2, ainda que se possa defender a possibilidade de deixar ao juiz a possibilidade de se decidir com base nos costumes ou “fins sociais” e “bens comuns”, importante ressaltar que a amplitude das disposições “atos contrários à moral e aos bons costumes” e a falta de definição objetiva de que dependência química configura ato de falta do dever parental de cuidado por negligência ou abandono, permite o entendimento de que a aplicação dos cânones ou princípios gerais do direito não apresentam utilidade.

Assim, ou se busca uma regulação mais específica e detalhada para sanar tal

¹³³⁵ Art. 7 ao 10 da Lei n. 13.431 de 2017.

¹³³⁶ Art. 10 ao 12 da Lei n. 13.431 de 2017.

indefinição de aplicação da lei ou se utiliza de uma análise estrutural do caso concreto que permita maior racionalidade compartilhada e transparência dos fundamentos decisórios na comunidade de interpretação, função esta que a regra de proporcionalidade e o sopesamento desempenham com grande efetividade.

5.5.1.3.4. Conclusão

A conclusão é o último critério, no qual a hipótese apresentada como premissa maior é validada ou não, de acordo com o desenvolvimento das definições e subsunções feitas.

No caso da incerteza gerada pela falta de clareza, detalhamento, especificidade ou precisão das definições ou disposições normativas, uma outra forma de racionalidade para justificação das decisões é necessária, conforme será detalhado abaixo pela aplicação da regra de proporcionalidade para definição do melhor interesse da criança.

Ainda, mesmo que haja definição legal suficiente para permitir a subsunção do fato à regra, o instituto da prioridade do melhor interesse da criança pode ser utilizado para excepcionalizar essa subsunção prevista normativamente, ao se discordar da aplicação da regra para o caso concreto, permitindo igualmente a abertura e aplicação da regra de proporcionalidade.

5.5.1.4. Aplicação da regra de proporcionalidade para definição do melhor interesse da criança

Conforme já visto, a regra de proporcionalidade é formada por três etapas de análise estrutural: (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, onde ocorre o sopesamento. A avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, elementos subsidiários entre si¹³³⁷, apresenta-se como estrutura analítica que possibilita uma maior racionalidade na justificação decisória, permitindo uma resolução do caso concreto mais

¹³³⁷ SILVA, op. cit., p. 34.

transparente e com critérios compartilhados na comunidade jurídica de interpretação.

Todavia, em função do direito fundamental da criança à prioridade absoluta dos seus direitos e melhor interesse em todos os casos ou tomadas de decisões, diferentemente da colisão tradicional enfrentada na teoria dos princípios entre direitos fundamentais de indivíduos ou coletividades distintas, a regra da proporcionalidade em sentido estrito é aplicada dentro do universo discursivo e normativo da própria criança, no sopesamento entre seus direitos fundamentais, como uma forma de se chegar ao seu melhor interesse por uma fundamentação mais racional.

Ou seja, o que está em conflito no sopesamento não é o direito da criança com o direito de outro indivíduo ou coletividade, como, por exemplo, o direito de seus próprios pais ou diferentes interesses da sociedade. O que está, abstratamente, em conflito, ou vistos como antagônicos para fins analíticos, são direitos da criança, em seu próprio universo normativo. Nesse sentido, o sopesamento serve para identificar qual desses direitos deve prevalecer sobre o outro, especificando, assim, o melhor interesse no contexto discursivo e normativo do caso concreto.

Assim, a aplicação da regra de proporcionalidade em sentido estrito e do sopesamento – em função do caráter como regra da prioridade dos seus direitos e interesse, como razão de segunda ordem – é realizada com o objetivo de garantir o direito da criança à proteção em primeiro lugar.

Destaca-se, contudo, que isso não significa que os interesses parentais e de outros indivíduos envolvidos no caso concreto devem ser obliterados ou deixados de lado. Ao contrário, são valores e razões importantíssimos para a constituição dos pesos abstratos no conflito de direitos no universo normativo da criança. Inclusive, muitas vezes, a forma de garantir o melhor interesse da criança é garantir um direito do próprio adulto.

Esse é o caso, por exemplo, da mudança histórica realizada pelo Marco Legal da 1ª Infância que alterou art. 380 do CPP, garantindo que mulheres gestantes ou mães de filhos menores de 12 anos de idade em situação de prisão provisória possam alternar a pena para prisão domiciliar, conforme repisado no

juízo pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal do HC Coletivo 143.641/SP. Ou seja, tanto a mudança da lei, quanto as decisões judiciais são realizadas para garantir o melhor interesse da criança até 12 anos, de ter os cuidados maternos e familiares em um ambiente adequado, sua própria casa, o que é feito pela garantia do direito da mulher ao cumprimento da pena provisória em prisão domiciliar.

A aplicação da proporcionalidade, neste caso, foi feita previamente pelo próprio legislador. Esse resultado foi expresso na forma de regra do Marco Legal da Primeira Infância e pela alteração da política pública prisional. Inclusive, em muitos casos, a forma de se garantir a absoluta prioridade dos direitos da criança é permitindo a garantia como igualmente prioritária de direitos fundamentais de quem cuida delas, como seus pais, familiares e comunidades.

Contudo, o resultado do sopesamento não foi, como em outros, de exclusão de um dos direitos conflitantes. Foi de soma dos direitos, por meio de uma solução integradora de todas as realidades presentes: permitir que a mulher cumpra a pena provisória em casa para que tanto o direito da criança à convivência familiar e comunitária, quanto o direito à integridade física, psíquica e moral possam ser resguardados. Esse caso, em verdade, é o verdadeiro ótimo de Pareto dos direitos da criança, quando soluções adequadas e necessárias, mas criativas e não binárias, conseguem ser pensadas para otimizar da melhor forma possível o caso concreto, prevendo uma harmonização positiva de todos os direitos da criança e dos indivíduos envolvidos na análise.

Um outro exemplo interessante de ser mencionado é a acusação de violência e violação da integridade física de uma criança da comunidade indígena Sateré-mawé, que foi submetida ao ritual da tocandira, o *waumat*, pelo qual a criança coloca sua mão em uma luva de fibras (*saari*) onde estão inseridas as formigas tocandiras e seus ferrões.¹³³⁸ Apesar do art. 6º do Estatuto do Índio (Lei n. 6.001 de 1973) garantir que “serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, (...)”, poderia ser

¹³³⁸ ALVAREZ, Gabriel. O Ritual da tocandira entre os sateré-mawé: aspectos simbólicos do waumat. **Série antropologia**, 369, p. 5-9. Disponível em: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie369empdf.pdf>>.

avocado, da perspectiva do denunciante, que o melhor interesse da criança à inviolabilidade de sua integridade física, como determina a Convenção, excepcional e suplantaria essa determinação do estatuto. Nesse sentido, o que seria analisado para encontrar o melhor interesse da criança seria o conflito, por um lado, do direito dela à convivência comunitária com as tradições de sua tribo ou nação indígena, como um direito à identidade cultural e, por outro lado, do direito à integridade física gerado pela exposição às formigas no referido ritual.

Voltando para a análise dos casos sobre destituição do poder familiar, no caso n. 2, constata-se que o sopesamento a ser feito é entre o direito da criança de convivência familiar e o direito de proteção contra abuso ou negligência causados por falta parental no exercício do poder familiar. Ou seja, o que se quer saber é se a convivência da criança com sua mãe, acusada de ser dependente de substâncias psicoativas, mais beneficia ou prejudica a sua integridade física, psíquica e moral.

Contudo, antes de se adentrar propriamente ao sopesamento na proporcionalidade em sentido estrito, a aferição dos pesos abstratos e a construção das fórmulas dos pesos, é fundamental ser realizado o exame dos critérios anteriores, adequação e necessidade, para que se evite decisões binárias, excludentes ou salomônicas, buscando a promoção dos direitos e interesses da criança da melhor forma possível.

Esse alerta é essencial, pois muitos direitos fundamentais entram em conflito em função da falta de soluções ou políticas pública prévias e abrangentes ou que acompanhem de perto a evolução e desenvolvimento dos indivíduos envolvidos no caso concreto.

5.5.1.4.1. Adequação

A adequação é o elemento pelo qual se avalia se a medida estatal utilizada alcança ou fomenta o objetivo legítimo pretendido. Nesse sentido, como esclarece Virgílio Afonso da Silva, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo

pretendido”¹³³⁹.

Dessa forma, o exame da adequação é um exame absoluto apenas se a medida utilizada pelo Estado fomenta ou não o objetivo, ainda que em pouca medida. Conforme Alexy, a adequação possui natureza de um critério negativo, eliminando meios não adequados, não determinando tudo.¹³⁴⁰

Com relação ao caso n. 2, pode-se considerar que a medida de destituição do poder familiar é adequada, pois promove o objetivo de proteger a criança contra violações de seus direitos advindas das faltas no dever de cuidado parental.

5.5.1.4.2. Necessidade

Para avaliação da necessidade, busca-se o entendimento se o objetivo perseguido pela medida estatal poderia ser promovido com a mesma intensidade por outro meio que gere menor restrição ao direito fundamental atingido. Se houver outra medida menos restritiva do direito, a proposta inicial não é considerada necessária. Assim, o exame de necessidade é “imprescindivelmente comparativo”¹³⁴¹.

Neste ponto, é fundamental para a real defesa, proteção e promoção dos direitos da criança a existência de um ecossistema de medidas e serviços estatais para que possam tanto auxiliar na manutenção do vínculo familiar, como no encaminhamento adequado das crianças que não possuem cuidado parental por suspensão ou perda do poder familiar, conforme avaliado anteriormente, pela necessidade de programas amplos de famílias acolhedoras.

Com relação ao referido caso n. 2, importante ressaltar que a destituição do poder familiar (M₁) é considerada medida extrema e das mais graves, devendo ser utilizada apenas como *ultima ratio*, quando for realmente necessária e quando não houver nenhuma outra medida estatal de restrição do direito de convivência familiar menos restritiva e do direito da mãe ao poder familiar, como a própria suspensão do poder familiar (M₂) ou apenas a destituição da guarda (M₃).

¹³³⁹ SILVA, 2002, op. cit., p. 37.

¹³⁴⁰ ALEXY, 2015, op. cit., p. 590.

¹³⁴¹ Ibid., p. 38.

No referido caso, busca-se proteger: o direito da criança à convivência familiar e comunitária com absoluta prioridade (P₁), o direito da criança ao cuidado sem abuso ou negligência com absoluta prioridade (P₂) e o direito da mãe ao poder familiar (P₃).

Assim, importante ressaltar que em casos envolvendo crianças, especialmente em função da relação triangular estabelecida entre criança, família e Estado, normalmente mais de dois princípios são relevantes, havendo meios “mais suaves e que fomentam o objetivo perseguido pelo legislador de forma igualmente efetiva, mas que tem como desvantagem a afetação de um terceiro princípio”¹³⁴². Contudo, como bem esclarece Alexy, essa é uma questão de sopesamento relativa à terceira etapa da regra da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito.¹³⁴³

5.5.1.4.3. Proporcionalidade em sentido estrito

O exame da proporcionalidade em sentido estrito é a análise por sopesamento entre “a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”¹³⁴⁴. Para que uma medida seja considerada como proporcional em sentido estrito, as razões que fundamentam a proteção de determinado direito devem apresentar um peso abstrato maior que as razões contrárias de proteção de outro direito.

A lei do sopesamento pode ser dividida em três passos de avaliação¹³⁴⁵: (i) o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; (ii) a importância de satisfação do princípio colidente; e (iii) se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio.

Ainda, os juízos racionais sobre intensidades de intervenções e graus de importância podem ser construídos por uma escala em três níveis, com categorias

¹³⁴² Ibid., p. 592.

¹³⁴³ Ibid., p. 593.

¹³⁴⁴ Ibid., p. 40.

¹³⁴⁵ Ibid., p. 594.

compreendidas entre “leve” (l, reduzido ou fraco), “moderado” (m) e “sério” (s, elevado ou forte), a qual pode ser ainda detalhada pela aplicação dos três níveis sobre si mesmos, por meio de um modelo triádico duplo: ll, lm, ls, ml, mm, ms, sl, sm, ss.¹³⁴⁶

Nesse sentido, Alexy propõe a chamada “fórmula do peso”, a qual complementa as leis de colisão e do sopesamento, permitindo a avaliação dos pesos em um caso concreto, ou seja, o quociente entre a intensidade da intervenção em um princípio e a importância do princípio colidente.¹³⁴⁷

A fórmula do peso é composta pelas seguintes variáveis¹³⁴⁸: P_i (princípio cuja violação está sendo examinada); C (circunstâncias relevantes para a decisão do caso); I (intensidade da intervenção em P_i); P_j (outro princípio cuja importância de satisfação está sendo examinada); W (importância)¹³⁴⁹; G (peso concreto de P_i, nas circunstâncias do caso a ser decidido).

Ela pode ser expressa da seguinte forma:

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \times GP_iA}{WP_jC \times GP_jA}$$

Como já indicado, em função da previsão de prioridade absoluta dos direitos e melhor interesse da criança, o sopesamento é realizado no próprio universo discursivo e normativo da criança e seus interesses, como forma de se chegar ao melhor interesse dela, ou seja, ao resultado de qual de seus direitos (P_i ou P_j) deve prevalecer sobre o outro.

No caso em análise n. 2, considerando que a medida estatal de destituição do poder familiar é adequada e necessária diante das opções reais de outras medidas, resta saber se ela é proporcional em sentido estrito. A coalização dos

¹³⁴⁶ “Essa divisão expressa que não existem apenas intervenções leves (l), moderadas (m) e sérias (s), mas também intervenções seriíssimas (ss), moderadamente sérias (sm) e levemente sérias (ss); intervenções moderadas quase sérias (ms), moderadas propriamente ditas (mm) e moderadas tendendo para o leve (ml); e intervenções leves quase moderadas (ls), moderadamente leves (lm) e levíssimas (ll).” Ibid., p. 609.

¹³⁴⁷ Ibid., p. 604.

¹³⁴⁸ Ibid., p. 600-605.

¹³⁴⁹ Importância concreta: WP_jC

direitos fundamentais da criança seria entre P_i (direito à convivência familiar e comunitária, garantido Artigo 227 da CF) e P_j (direito à proteção e cuidado sem abuso ou negligência, também garantido pelo Artigo 227 da CF).

Quão sério é a restrição ou violação do P_i ? A resposta para essa questão depende da avaliação do risco de abuso ou negligência da criança no contexto do exercício de cuidado realizado pela mãe.

A avaliação deve ser realizada por equipe técnica e profissional adequada tanto por relatórios psicossociais, pela observação e visita do contexto familiar e comunitário, como na coleta do depoimento especial da criança, familiares e outras pessoas envolvidas no universo da criança e da família (como professores, profissionais comunitários etc.). Segundo as orientações previstas na Resolução Conselho Federal de Psicologia (CFP)¹³⁵⁰ n. 8 de 2010 e n. 17 de 2012¹³⁵¹ e nas referências técnicas para atuação do psicólogo em Varas de Família do CFP¹³⁵², as conclusões do perito devem se ater ao âmbito da psicologia, com conclusões psicológicas, e não jurídicas, para auxiliar a decisão do juiz sobre a competência parental¹³⁵³. Ainda, Tribunais de Justiça estaduais também organizaram publicações para suas equipes técnicas atuantes na área da Infância e Juventude, como em Porto Alegre (RS), em 1992, e em São Paulo, em 2007 e 2017¹³⁵⁴, como forma de orientar seus profissionais a apoiar a decisão sobre cada casa concreto.

De forma alguma, pode-se aferir *a priori* que uma mãe ou pai não possuem as capacidades parentais de acordo com as necessidades de determinada criança

¹³⁵⁰ Em seu relatório, o psicólogo perito apresentará indicativos pertinentes à sua investigação, que possam diretamente subsidiar o juiz na solicitação realizada, reconhecendo os limites legais de sua atuação profissional, sem adentrar nas decisões, que são exclusivas às atribuições dos magistrados. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_008.pdf

¹³⁵¹ Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-n%C2%BA-017-122.pdf>.

¹³⁵² CFP. Referências técnicas para atuação do psicólogo em Varas de Família, 2010. Disponível em: <http://www.crsp.org.br/portal/comunicacao/artes-graficas/arquivos/2010-CREPOP-Varas-Familia.pdf>.

¹³⁵³ Conforme diretrizes elaboradas em 2013 pela Associação Americana de Psicologia (APA) para atuação técnica e ética de profissionais em casos de proteção à criança, por meio de diferentes métodos e especialmente observação dos pais e filhos nos seus contextos naturais, os itens a serem avaliados sobre a competência parental incluem: condições atuais dos pais e potencial para atender às necessidades dos filhos, o relacionamento entre eles e as necessidades psicológicas e de desenvolvimento da criança.

¹³⁵⁴ Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/pdf/manual_de_procedimentos.pdf.

sem um estudo psicossocial adequado. Exemplo do desrespeito a essa necessidade foi o caso das recomendações do Ministério Público de MG n. 5¹³⁵⁵ e n. 6¹³⁵⁶ de 2014 e da Portaria n. 3 de 2016 da Vara de Infância de Juventude de Belo Horizonte (MG) que previam a obrigação das maternidades de Belo Horizonte acionar a Vara de Infância de Juventude no prazo de 48 horas, contadas a partir do nascimento do bebê, quando houvesse evidências ou constatação de que a mãe é “usuária de drogas” e/ou tem trajetória de rua.¹³⁵⁷

Após esses estudos, esse risco pode ser expresso pela variável “I_i” e qualificado com a escala de três níveis (l, m ou s). Ainda, esses mesmos estudos servem para avaliar a importância do princípio P_j, o qual o risco (I_j) também pode ser qualificado com a escala de três níveis (l, m ou s) e suas qualificadoras do modelo triádico duplo.¹³⁵⁸

Neste momento, pode ser incorporada a sugestão da aplicação do sopesamento por uma comunidade plural de intérpretes, especialmente por meio de deliberações conjuntas, mediadas e dialogadas coletivamente, aproveitando, inclusive, os espaços de audiência concentradas realizadas anteriormente ao acolhimento. Por meio dessa prática, os pesos abstratos, a escala de três níveis e suas qualificadoras podem ser atribuídas de forma coletiva em um processo dialógico e consensual, possibilitando a expressão e opinião organizadas de todos os envolvidos no caso.

No caso n. 2, o Ministério Público em sua ação de destituição do poder familiar, acredita que a mãe, dependente de substâncias psicoativas, já não convive com o filho e, portanto, a restrição ao direito à convivência familiar e comunitária (P_i) seria moderada, resultando em I_i = m. Ainda, por ser a mãe “usuária de drogas”

¹³⁵⁵ Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2017/07/Recomendac%CC%A7a%CC%83o-5.pdf>>.

¹³⁵⁶ Disponível em: <<http://apublica.org/wp-content/uploads/2017/07/Recomendac%CC%A7a%CC%83o-6.pdf>>.

¹³⁵⁷ Ver mais: <https://apublica.org/2017/07/tive-que-entregar-meu-filho-para-uma-desconhecida/>

¹³⁵⁸ Em casos de restrição de guarda, suspensão ou destituição do poder familiar para proteção do direito da criança ao cuidado sem abuso e negligência, a seriedade da restrição do direito da criança à convivência familiar e comunitária pode ser expressa como leve (l) para restrição de guarda, moderada (m) para suspensão do poder familiar e séria (s) para perda do poder familiar. Pelo modelo triádico duplo, pode-se qualificar a intensidade de cada restrição pelo contato ou não da criança com seus pais ou responsáveis depois da medida de proteção aplicada, sendo contato livre e constante (l), contato regular e monitorado (m) e sem nenhum contato (s).

e deixar a criança em casa frequentemente para o “consumo de entorpecentes”, agindo com violência no retorno, a mãe e suas ações e omissões, inclusive de não prover condições materiais de boa higiene e acomodação, representam uma ameaça séria (s) ao direito da criança ao cuidado sem abuso ou negligência (P_j), solicitando a medida de proteção da perda do poder familiar (M_1), para que a criança possa ser adotada por uma família que estabeleça melhores cuidados, resultando que $I_i = s$. Da perspectiva do Ministério Público, o resultado do sopesamento seria expresso da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \quad m \quad 2^1}{-} = \frac{1}{-} = \frac{-}{-} = \frac{-}{-} = \frac{-}{-}$$

Assim, de acordo com o Ministério Público, o resultado dá precedência para P_j , possibilitando a perda do poder familiar (M_1).

Após escuta da criança por depoimento especial realizado por profissional qualificado, por meio de um procedimento sensível e não revitimizador, constatou-se o forte desejo da criança, de 5 anos, de permanecer com sua mãe, com a qual mantém uma relação muito próxima e amorosa, mesmo com seu afastamento em alguns momentos e de sua demonstração de raiva por meio de gritos em certas ocasiões. Assim, da perspectiva da criança a variável I_i é mais séria do que moderada ($I_i = s$), e, por meio dos relatos e desenhos da criança, o parecer psicológico parece apontar que a criança não tenha sofrido qualquer violência ativa de sua mãe. Com relação à negligência, um parecer médico aponta que a criança encontra-se saudável, apesar das privações materiais a que está estruturalmente submetida, o que, segundo o art. 23 do ECA, não configura hipótese de perda de poder familiar. Assim, a variável I_j é mais leve (l) do que séria. Da perspectiva da criança, o resultado do sopesamento seria expresso da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \quad s \quad 2^2}{-} = \frac{4}{-} = \frac{-}{-} = \frac{-}{-} = \frac{-}{-}$$

Assim, de acordo com a escuta sensível da criança, o resultado dá evidente e forte precedência para P_i , mantendo o poder familiar para a mãe e garantindo o direito de convivência familiar e comunitária da criança. Aqui, fundamental ser destacado a importância de se considerar a escuta adequada e sensível da criança na decisão final. Ainda, o fato da vontade expressa pela criança ser tão oposta à perspectiva do Ministério Público é um argumento favorável à concessão irrestrita de um representante legal específico somente para a criança durante todo o processo, garantindo seu direito processual ao devido processo legal e ao contraditório.

Ainda, na relação triangular entre criança, família e Estado, faz-se importante considerar a perspectiva da mãe, ainda que o sopesamento seja realizado no universo discursivo e normativo da criança, com o objetivo de determinar seu melhor interesse no caso concreto.

Após ouvida também de forma sensível e respeitosa pela equipe técnica e profissional da VIJ, a mãe admitiu ser dependente de psicoativos, usando craque com regularidade. Contudo, enfatizou que sempre deixa o filho aos cuidados de adultos, seja sua mãe ou vizinhos, e que, apesar da dificuldade de encontrar emprego e de conseguir vaga de internação no serviço do SUS para tratamento de sua dependência, consegue manter as necessidades básicas do seu filho com o recebimento de benefício de assistência social. Ela demonstrou grande afeição pelo filho, o que torna a variável I_i também igualmente série (s). Contudo, admitiu também que, após o uso de substâncias químicas, fica um pouco violenta, chegando a dar umas palmadas em seu filho, mas nunca com força, o que poderia qualificar o I_j de forma moderada (m). Da perspectiva da mãe, o resultado do sopesamento seria expresso da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} = \frac{s}{m} = \frac{2^2}{2^1} = \frac{2}{1}$$

Assim, de acordo com relato da mãe, o resultado evidencia uma precedência também para P_i , mantendo o seu poder familiar e garantindo o direito de convivência familiar e comunitária da criança.

Ainda, a VIJ avaliou o risco de abuso e negligência da criança e a capacidade de exercício dos deveres parentais da mãe pelos estudos psicossociais. Constatou, por observação das relações familiares *in loco*, que as competências parentais apresentadas pela mãe, quando não estava sob influência de agentes psicoativos, eram adequadas e suficientes, ainda que constrangidas pela falta de elementos materiais básicos, em função da vulnerabilidade socioeconômica da família e da comunidade onde viviam. Contudo, durante o uso de psicoativos, especialmente craque, a mãe se afastava regularmente por algumas horas e, em alguns casos, dias, do convívio familiar, deixando a criança aos cuidados da vizinha ou de sua avó, mas nunca sozinha. Assim, constatou-se que, apesar da situação de vulnerabilidade socioeconômica da criança, sua família e comunidade, ela recebia cuidados e proteção adequados pela família estendida e pela própria comunidade no entorno.

Assim, em uma ação integrada de investigação com toda rede do Sistema de Garantias dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGD) e após discussão e deliberação conjunta do caso entre o juiz e toda a equipe técnica, pode-se afirmar que, apesar da mãe não estar presente em todos os momentos com seu filho, especialmente quando sob influência de psicoativos, ela garantia que ele fosse cuidado, seja pela avó ou por uma vizinha ou conhecida, inclusive garantindo elementos materiais de subsistência, como alimento e habitação (por falta de vaga em creche, a criança ficava mais em casa), ainda que precários.

Dessa forma, pode-se constatar que a mãe garantia o cuidado do seu filho, apesar de, às vezes, não de forma direta, podendo, assim, a variável I_j ser expressa de forma leve (l), pois suas ações representam uma leve (l) ameaça ao direito da criança de ser cuidada livre de abuso ou negligência, sendo $I_j = l$. Ainda a VIJ identificou que a separação da criança da mãe seria extremamente traumática para ambos, o que poderia agravar a situação de dependência da mãe e impactar

traumáticamente a criança, a qual seria encaminhada a uma instituição de acolhimento socioeducativo, onde ficaria até ser adotada. Assim, da perspectiva da VIJ, o sopesamento poderia ser representado da seguinte forma:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} = \frac{s}{1} = \frac{2^2}{2^0} = \frac{2}{1} = 2$$

Assim, P_i , o direito de convivência familiar e comunitária da criança, ganha precedência sobre P_j , o direito de ser cuidada livre de abuso e negligência, sob o qual se funda a proposição do Ministério Público de perda do poder familiar (M_1).

Aqui, é importante fazer uma reflexão sobre a otimização dos direitos fundamentais ou princípios envolvidos em um caso concreto em que haja direitos e interesses de crianças envolvidos. Conforme o direito fundamental da criança à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, a autoridade decisória não pode se satisfazer apenas com a otimização ou prevalência de apenas um direito sobre o outro, posto que ambos os direitos devem ser garantidos com absoluta prioridade.

O exercício do sopesamento como estrutura analítica racional serve para racionalizar e identificar os elementos jurídicos em determinado caso concreto, dando maior transparência às razões utilizadas no julgamento.

Contudo, é necessário que o tomador de decisão tenha em mente que a medida ideal é aquela que otimiza da melhor maneira possível e realisticamente, com absoluta prioridade, todos os direitos e interesses da criança envolvidos no caso e que, em verdade, a colisão dos direitos da criança é apenas abstrata, no sentido de possibilitar uma separação racional e gerenciável do problema.

Assim, no caso n. 2, apesar do resultado obtido pela VIJ por sopesamento de que a mãe poderia manter seu poder familiar e de que o direito da criança à convivência familiar e comunitária (P_i) tem prevalência abstratamente sobre o direito ao cuidado livre de qualquer forma de violência, abuso e negligência, o Estado ainda possui o dever de prestação de proteção e políticas públicas sociais à

criança e sua família, devendo prestar outras medidas que garantam duplamente o direito de convivência familiar da criança “e” seu direito de ser cuidada com afeto e respeito.

Dessa forma, a atividade jurisdicional do Sistema de Justiça não pode se contentar em apresentar uma racionalidade na decisão objetiva do caso concreto, ela deve, igualmente, articular e integrar o SGD para que essa relação seja acompanhada de perto, para que o I_j de leve (l) não se transforme em sério (s), e os serviços públicos adequados, como tratamento de saúde para a mãe e creche para o filho, sejam prestados.

Portanto, a análise do caso n. 2 no sopesamento pela aplicação da proporcionalidade em sentido estrito que em casos que envolvem os direitos da criança: (i) o sopesamento se dá no universo discursivo e normativo da própria criança, em função do direito fundamental da criança à prioridade absoluta dos seus direitos e melhor interesse; (ii) estudos psicossociais por equipe técnica profissional e a escuta da criança e sua família de forma sensível por depoimento especial são fundamentais para o devido sopesamento e resolução racional do caso; (iii) a discussão e deliberação conjunta para atribuição dos pesos abstratos pode ser utilizada para colher as visões e opiniões de todos os interessados; (iv) apesar da resolução por sopesamento demonstrar a prevalência de um direito da criança sobre o outro, os agentes estatais ainda possuem o dever de otimizar todos os direitos envolvidos, garantindo que a criança possa experienciar um direito ambos os direitos, otimizados na maior medida possível.

Em verdade, a disposição constitucional do Artigo 227 que garante à criança absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, garante o dever de que o Estado realize uma intervenção, inclusive pelo Sistema de Justiça, de maneira sensível e amigável às crianças e suas famílias, em uma lógica não adversarial, típica de direitos fundamentais que são pensados por coalisões e *trumps*, mas por uma lógica mais integradora, colaborativa, típica do direito fundamental da criança à solidariedade e de sua proteção vista como um bem comum.

Portanto, a pergunta mais adequada em questões judiciais que envolvem criança não é qual direito tem prevalência sobre o outro no caso concreto, mas sim

quais medidas necessárias podem otimizar todos os direitos envolvidos e quais são os meios necessários para que isso aconteça. Dessa forma, o elemento da necessidade na regra de proporcionalidade ganha proeminência, sendo um momento fundamental para avaliação e para que se possa encontrar medidas mais criativas, justas e responsivas à efetivação da absoluta prioridade de todos os direitos fundamentais de uma criança.

5.5.1.5. Incertezas epistêmicas e os princípios formais

Contudo, apesar de todo o esforço empreendido por uma justificação racional em um caso concreto em que haja coalisão de direitos fundamentais, a incerteza com relação à resolução de um caso concreto com “difícilimos problemas de prognósticos”¹³⁵⁹ pode permanecer, especialmente pela dificuldade de cognição epistêmica apresentada pelo caso concreto em qualquer um dos estágios da aplicação da regra de proporcionalidade. Assim, um impasse pode surgir no sopesamento, o que impediria uma tomada de decisão racional para garantir primazia de determinado direito fundamental no caso concreto.

Alexy, buscando responder a essa situação e também às críticas relativas à discricionariedade permitida pelo sopesamento, desenvolve em 2002, em seu posfácio ao livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, a ideia dos princípios formais, ou procedimentais, e com mais profundidade em artigo específico em 2014¹³⁶⁰, os quais podem ser utilizados em casos de impasses que surgem porque as possibilidades cognitivas são limitadas. Assim, defende que o problema da discricionariedade epistêmica ou cognitiva deve ser solucionado por meio de sopesamento entre princípios formais e princípios materiais.¹³⁶¹

Os princípios formais, relacionados à validade das regras e expressões de decisões de autoridades anteriores, são decisões legais cujos objetos de otimização independem do seu conteúdo, ao contrário, dos princípios substantivos, como os

¹³⁵⁹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 591.

¹³⁶⁰ Cf. ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. **I•CON**, v. 12 No. 3, 511–524, Oxford University Press and New York University School of Law, 2014.

¹³⁶¹ ALEXY, 2015, op. cit., p. 612-613.

direitos fundamentais à liberdade de expressão, nos quais os conteúdos são os objetos de otimização.¹³⁶²

Segundo Peng-Hsiang Wang:

“Um princípio formal exige que um agente adie à decisão de uma autoridade sobre o que deve ser feito sempre que o agente não souber definitivamente o que o equilíbrio objetivo de razões requer. Em outras palavras, requer que o agente, diante da incerteza epistêmica, tome diretrizes autoritativas, em vez de seus próprios juízos práticos, como suas razões conclusivas para certas ações (ou decisões). A decisão de uma autoridade sobre o que se deve fazer, como a determinação prática subjetiva do agente, representa seu julgamento sobre o equilíbrio das razões e também é uma razão de primeira ordem para a ação que se deve fazer.”¹³⁶³

Alexy propõe a incorporação na fórmula do peso da variável relacionada à confiabilidade epistêmica (*epistemic reliability*), por meio de um terceiro modelo do papel dos princípios formais no sopesamento, o modelo epistêmico.¹³⁶⁴ Em casos concretos em que existe incerteza epistêmica na cognição realidade, a fórmula do peso ganha uma versão mais refinada, com as variáveis R_i e R_j , ambas expressas pela equação da confiabilidade por $R^e \times R^n$. Tais variáveis podem ser qualificadas pelos seguintes estágios: confiável ou certo ($r = 2^0$), plausível ($p = 2^{-1}$) e não evidentemente falso ($e = 2^{-2}$).

Todavia, ainda que a incorporação de princípios formais na fórmula do peso seja uma maneira racional de lidar com a incerteza epistêmica apresentada pela falta de elementos do caso concreto ou da dificuldade de previsão dos impactos das medidas analisadas, haveria outra forma lidar com essa incerteza na cognição da realidade?

¹³⁶² ALEXY, 2014, p. 515-516.

¹³⁶³ Tradução livre de: “A formal principle requires an agent to defer to an authority’s decision about what ought to be done whenever the agent does not definitively know what the objective balance of reasons requires. In other words, it requires the agent in the face of epistemic uncertainty to take authoritative directives instead of his own practical judgements as his conclusive reasons for certain actions (or decisions). An authority’s decision about what one ought to do, like the agent’s own subjective practical determination, represents its judgement about the balance of reasons and is also a first-order reason for the action that one ought to do.” In: WANG, Peng-Hsiang. *Formal Principles as Second-Order Reasons*, In: BOROWSKI, Martin et al. (Eds.). **Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie**. Zum System Robert Alexys, Mohr Siebeck, 2016, p. 442.

¹³⁶⁴ ALEXY, 2015, op. cit., p. 520.

A teoria dos princípios e as regras da proporcionalidade e do sopesamento, como já mencionado em várias partes do presente trabalho, buscam solucionar o problema da racionalidade na justificativa das decisões, objetivo que atinge com grande consistência e refinamento lógico e jurídico.

Contudo, a teoria dos princípios não aborda diretamente um tema fundamental na análise de conflitos jurídicos entre direitos fundamentais, que são, em última instância, conflitos interpessoais, de relacionamento de pessoas, estejam elas exercendo um papel dentro do Estado ou sejam apenas agentes sociais. São pessoas que tomam ou executam as decisões de restrição de direitos fundamentais.

Nesse sentido, compreendendo as relações e os conflitos jurídicos para além da instância dogmática, o estudo dos processos deliberativos no âmbito das decisões concernentes a direitos fundamentais – ou seja, a gestão de seus conflitos e processos de tomada de decisão–, pode ser de grande valor, não só diante das incertezas epistêmicas, como também em todo o processo de resolução do conflito.

Para além de uma decisão justificada racionalmente, a intervenção do Estado na família para proteção dos direitos da criança por meio do Sistema de Justiça deve ser capaz de prover resoluções de conflitos que permitam mais do que uma fundamentação decisória racional, mas também uma resolução sensível e amigável de sérios e graves conflitos interpessoais e sociais.

Nesse sentido, conforme anteriormente explicitado, as RADs surgem como métodos eficientes para um Sistema de Justiça mais acessível, sensível e amigável às crianças e suas famílias, garantindo processos de deliberação e gestão judicial orientados pela composição amigável e responsável, compartilhada por uma comunidade plural de intérpretes, cujo dever constitucional é expresso: garantir a absoluta prioridade de todos os direitos fundamentais da criança por meio da aferição – ainda que limitada, mas orientada para o maior consenso possível – do seu melhor interesse no caso concreto.

CONCLUSÃO

O Artigo 227 da Constituição, conforme já muitas vezes apontado ao longo da presente tese, é uma verdadeira revolução no âmbito do Direito público constitucional e na irradiação de seus conteúdos em outros ramos do direito. Como ápice de um importante desenvolvimento histórico do reconhecimento de todas as crianças como sujeitos de direitos e titulares de direitos fundamentais – todas sem qualquer distinção, inclusive as indígenas, as negras, as outrora consideradas “delinquentes” ou “abandonadas” –, é a pedra fundamental de uma nova era jurídica para as crianças brasileiras e, também, para todos nós como sociedade.

Seus dispositivos garantem à criança um *status* único e especial no sistema constitucional e nas múltiplas relações existentes entre crianças, suas famílias, suas comunidades e o Estado, especialmente no que tange à titularidade de direitos fundamentais, os quais são por elas realizados, fruídos e expressados de maneira diversa da visão e padrão adultocêntrico predominante nos debates constitucionais. Crianças exercem, por exemplo, sua liberdade de expressão pelo balbúcio ou choro quando bebês; praticam a liberdade de ir e vir e permanecer ao engatinhar ou testar seus passos, ainda que errantes, de um cômodo ao outro da casa; podem experimentar o direito de associação pela vivência comunitária nas praças e escolas; são, assim, absolutamente capazes e potentes, cada uma a seu jeito, como toda e qualquer pessoa, inclusive adultos, as quais possuem o dever de considerar suas queixas e opiniões, encarando-as com seriedade.

Igualmente, deve-se levar a sério o fato de que crianças são titulares do direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse, cuja estrutura apresenta-se como um direito fundamental completo, expresso em todas as clássicas funções de direitos fundamentais: defesa, prestação ou ação positiva estatal e igualdade.

Ainda, o Artigo 227 permite o entendimento de uma nova função para os direitos fundamentais: a solidariedade. Ao prever expressamente o dever compartilhado da garantia da absoluta prioridade não só pelo Estado como também

por agentes particulares das famílias e sociedade – inclusive com efeitos diretos e indiretos nas relações entre particulares –, possibilita um novo campo conceitual, inclusive como resposta a questões contemporâneas ligadas a direitos considerados de terceira geração.

O direito autônomo à solidariedade compreende um feixe de posições complexo e multifacetado em face do Estado, que pode ser caracterizado como um direito para que o Estado estimule, por meio de medidas efetivas, a unidade e harmonia entre indivíduos e coletividades, poderes dos Estados e organizações sociais, por uma união de interesses, propósitos e ações, e o reconhecimento de diferentes necessidades e direitos para alcançar objetivos comuns, com especial foco nos grupos e indivíduos considerados mais vulneráveis a violências em uma sociedade. No caso da criança, o objetivo ou bem comum partilhado, solidariamente, por todos é o dever constitucional de assegurar os direitos fundamentais e melhor interesse de todas as crianças brasileiras com absoluta prioridade.

Ao considerar esse dever expressamente como absoluto, o constituinte – acolhendo e validando uma demanda verdadeiramente social durante a Constituinte e ainda apoiada nos dias de hoje pela poluição brasileira – concluiu que a criança, seus direitos e interesses devem ser colocados em primeiro lugar em todas as decisões e preocupações do Estado, da sociedade e das famílias. À luz da teoria dos princípios de Robert Alexy, esse direito fundamental é acolhido pelo entendimento da natureza de duplo aspecto dos direitos fundamentais, os quais podem se expressar como regra definitiva e, ao mesmo tempo, princípio com grande peso abstrato, espeitando, assim, a vontade de uma comunidade social e política.

Assim, tal direito gera deveres em todas as dimensões e instituições do Estado, o qual deve, inclusive em seus processos no âmbito do Sistema de Justiça, garantir que o melhor interesse da criança e a precedência de seus direitos estejam em primeiro lugar, como razão de segunda ordem.

Nesse sentido, como forma de ser aferido o melhor interesse em casos concretos – como, por exemplo, nos casos de suspensão ou destituição do poder familiar –, é proposto um modelo interpretativo-analítico que garanta uma maior

racionalidade justificativa das decisões. Busca-se, inicialmente, a subsunção das regras extraídas da rede de normas, mas caso a incerteza e indefinição de sua aplicação persista, a regra da proporcionalidade e o sopesamento podem ser acionados como ferramentas analíticas muito eficientes.

Todavia, em casos que envolvam crianças, diferentemente do modelo clássico de colisão proposto pela teoria dos princípios, o sopesamento é realizado, por força da norma da absoluta prioridade, no próprio universo normativo da criança, considerando abstratamente apenas seus direitos e interesses.

Ainda, o Estado e seus agentes possuem o dever de desenvolver um Sistema de Justiça acessível, sensível e amigável às crianças e suas famílias, o que demanda um processo outro de deliberação, pelo qual a lógica adversarial possa ser superada, como, por exemplo, pelo uso de RADs.

Por fim, sugere-se que por meio de um processo compartilhado de definição dos pesos abstratos no sopesamento por uma comunidade plural de intérpretes – utilizando-se, por exemplo, o espaço das audiências concentradas –, o melhor interesse da criança pode ser melhor equacionado, em um esforço solidário direcionado ao consenso e à gestão coletiva de um bem comum maior: o cuidado efetivo da criança e eficácia e maximização de todos os seus direitos fundamentais.

Portanto, são extraídas da presente tese conclusões que podem ser resumidas da seguinte forma:

- (i) A criança é titular integral de direitos fundamentais, ainda que em um estágio peculiar de desenvolvimento progressivo de suas capacidades e de sua autonomia, experienciando e usufruindo de seus direitos de forma própria, devendo poder evocá-los, inclusive, por demandas processuais acessíveis, as quais devem ser sempre consideradas seriamente pelo Estado.
- (ii) O Artigo 227 da CF e também o art. 3º, 1 da CDC/ONU estabelecem uma eficácia ou efeitos tanto indiretos como diretos dos direitos fundamentais de crianças em relações horizontais entre particulares, vinculando familiares ou outros agentes sociais, pessoas físicas ou

jurídicas, inclusive empresas.

- (iii) O Artigo 227 assegura à criança o direito fundamental à solidariedade, o qual pode ser visto como uma função autônoma de direito fundamental, que se expressa, especificamente no caso da criança, pelo dever compartilhado entre Estado, famílias e sociedade de assegurar às crianças com absoluta prioridade seus direitos e melhor interesse.
- (iv) O Artigo 227 garante à criança o direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse em face do Estado, o qual possui, portanto, o dever de efetivá-lo em todas as suas ações e decisões, inclusive no âmbito do Sistema de Justiça.
- (v) O direito fundamental da criança à prioridade de seus direitos e melhor interesse pode ser considerado como absoluto, mesmo à luz da teoria dos princípios, pelo entendimento do duplo aspecto desse direito fundamental, expresso como regra, com aplicação definitiva, ou como princípio, mas com alto peso abstrato, que, na prática, garante sua precedência sobre outros direitos em possíveis colisões de direitos fundamentais.
- (vi) O melhor interesse da criança no caso concreto pode ser definido pela subsunção de regras já previstas na rede de normas ou pela aplicação da proporcionalidade, que tem como *ultima ratio* o sopesamento, o qual – em função do direito à absoluta prioridade da criança – deve ser feito no universo normativo de direitos fundamentais em colisão abstrata da própria criança.
- (vii) O processo de aferição do melhor interesse da criança, inclusive na aplicação da proporcionalidade e sopesamento, especialmente na definição dos pesos abstratos, deve ser realizado por meio de uma comunidade plural de intérpretes, inclusive pelas próprias crianças, por meio de procedimentos acessíveis, sensíveis e amigáveis a elas e suas famílias, geridos na busca de decisões, na medida do possível, consensuais para preservação do bem comum que é a proteção e o cuidado da criança e seus direitos. Sugere-se, nesse sentido, o uso mais

constante e intenso dos espaços das audiências concentradas e dos instrumentos do *amicus curiae* e audiências públicas para permitir a criação desta comunidade plural.

Levar os direitos fundamentais de todas as crianças a sério é, portanto, dar eficácia ao Artigo 227 da Constituição da forma mais ampla e abrangente possível, em todas as suas dimensões e em todas as decisões e preocupações das famílias e seus membros, da sociedade, seus agentes e instituições, e do Estado e todos os seus Poderes, inclusive no âmbito do Sistema de Justiça.

O Artigo 227 é um projeto de sociedade e de país que precisa ser, igualmente, levado a sério; um projeto em que também os filhos dos outros e os filhos de ninguém sejam nossa responsabilidade moral e constitucional. É um farol guia, especialmente em momentos intranquilos e apreensivos, como as atuais águas turbulentas dos mares brasileiros, quando narrativas e sistemas normativos clássicos e universais, como os próprios direitos humanos, são desafiados por sentimentos de medo, insegurança e incerteza pela liquefação do que antes era compreendido como certo ou inequívoco.

É um fogo com a capacidade de unir antigos opositores em um mesmo espaço, em uma mesma família, tal qual Héstia, a deusa de uma nova justiça, pela qual a resolução justa dos naturais conflitos humanos possa ser algo além de fatos, valores ou normas, mas também um espaço de encontro, um lugar de diálogo e decisões comuns, aquecidas pela sensibilidade fina e solidária para com todas as famílias e suas crianças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁGUAS, Carla Ladeira Pimentel. Quilombo em festa : pós-colonialismos e os caminhos da emancipação social. Tese de doutoramento em Sociologia (Pós-Colonialismos e Cidadania Global), apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Boaventura de Sousa Santos e António Sousa Ribeiro. Coimbra, 2012

ALEXANDRINO, José de Melo. Os Direitos das crianças – linhas para uma construção unitária. Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, v. I, Doutrina, item: 7.2, 2008. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-voli/doutrina/jose-de-melo-alexandrino-os-direitos-das-criancas/>>.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Afonso da Silva (5a ed. alemã ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag, 1986), São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Constitutional Rights and Proportionality, *Revus* [Online], 22, 2014.

_____. Formal principles: Some replies to critics. *I•CON*, v. 12 No. 3, 511–524, Oxford University Press and New York University School of Law, 2014.

_____. A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, Oxford: Oxford Uni Press, 2009.

_____. La fórmula del peso, p. 14. In: CARBONELL, Miguel (Org.). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

_____. Thirteen replies. In: *Law, Rights and Discourse – the legal philosophy of Robert Alexy*. George Pavlakos ed., 2007.

_____. *Law, Rights and Discourse – the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: George Pavlakos Ed., 2007.

_____. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, Joachim et al. (Eds.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlín: De Gruyter, 2003.

_____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, Vol. 16 No. 4 December, 2003.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. Conflitos interpessoais, constituição do sujeito de direito e promoção dos direitos humanos [texto disponibilizado durante a

disciplina de pós-graduação Direitos Humanos Fundamentais] São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 1º sem. 2014.

ALSTON, Phili. A third generation of solidarity rights: progressive development or obfuscation of international Human Rights Law? *Netherlands International Law Review*, v. 29, Issue 3, p. 307, dez. 1982.

_____. The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights. *International Journal of Law and the Family* 8, 1-25, p 5-9, 1994.

ALVAREZ, Gabriel. O Ritual da tocandira entre os sateré-mawé: aspectos simbólicos do waumat. *Série antropologia*, 369, p. 5-9. Disponível em: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie369empdf.pdf>>.

ANCHIETA, José de. Cartas: informações, fragmentos históricos e sermões. São Paulo: Edusp, 1988.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Destituição do poder familiar. Curitiba: Juruá, 2009.

ANTIPOFF, Helena. A Fazenda do Rosário: sua experiência, sua filosofia. *Boletim Claparède. Ibirité*, v. 4, p. 12-16, ago. 1980.

_____. Assistência aos Menores Desamparados Trabalhadores de Rua. In: CDPH (Org.) *Coletâneas de Obras Escritas de Helena Antipoff – Fundamentos da Educação*, v. 2, Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas, 1943.

_____. Ideais e Interesses das Crianças Brasileiras. In: CDPH (Org.) *Coletâneas de Obras Escritas de Helena Antipoff – Fundamentos da Educação*. v. 2, Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas, 1992.

_____. Os direitos da criança. *Boletim da Sociedade Pestalozzi do Brasil*. Rio de Janeiro, v. 37, p. 27-29, jun. 1972.

ANTÔNIO, Severino; TAVARES, Kátia. Uma pedagogia poética para as crianças. Americana: Adonis, 2013.

APPELL, Annete; BOYER, Bruce. Parental rights vs. best interests of the child: a false dichotomy in the context of adoption. *Duke Journal of gender law & policy*, v. 2:63, 1995.

ARANTES, Esther. Rostos de crianças no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (Orgs.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

ARIÈS, Philippe. *Centuries of Childhood*. Tradução Dora Flaksman. Harmondsworth: Penguin Books, 1960.

_____. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

ARENDDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro. O que é liberdade?* 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 212.

_____. *Origens do Totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989b.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco (1138b6)*. In: Aristóteles. Tradução Leonel Vallandro e Gerd. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 44s. Bornheim (Coleção Os Pensadores).

ASIS, Simone de; FARIAS, Luís (Orgs.). *Levantamento nacional das crianças e adolescentes em serviço de acolhimento*. São Paulo: Hucitec, 2013.

AUGSBERG, Ino; UNGER, Sebastian (Orgs.). *Basistexte: Grundrechtstheorie*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BALL, S.J. *Some reflections on policy theory: a brief response to Hatcher and Troyna*. *Journal of Education Policy*, London, v. 9, n. 2, p. 171-182. 1994b.

_____. *What is policy? Texts, trajectories and toolboxes*. *Discourse*, London, v. 13, n. 2, p. 10-17, 1993a.

BANDURA, A. *Going global with social cognitive theory: From prospect to paydirt*. In: *The rise of applied psychology: New frontiers and rewarding careers*. Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum, 2006.

BARAN, A.; PANNOR, R. *Open adoption*. In: BRODZINSKY, D. M.; SCHECHTER, M. (Eds.) *The psychology of adoption*. New York: Oxford University Press, 1990.

BARRETO, Tobias. *Menores e Loucos*. Sergipe: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/146962/pdf/146962.pdf>>

BARROS, Ana Filipa Loura. Representação legal de menores: conflito de interesses entre representante legal e menor representado. Dissertação de mestrado orientada pela Doutora Sandra Passinhas e apresentada à Universidade de Coimbra, 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/30066/1/Representacao%20legal%20de%20menores.pdf>>.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROZO, Paulo D. Por um lar no mundo: fundamentos jusfilosóficos do instituto da adoção como direito humano. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 45-93, jan. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8900>>.

_____. The Real Problem of Intercountry Adoption. Adoption Advocate, n. 125, National Council for Adoption, Nov, 2018. Disponível em: <<https://cap.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2018/11/Barrozo-Adoption-Advocate-Nov.-2018.pdf>>

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARTLETT, Sheridan. Cities for Children – Children’s Right, Poverty and Urban Management, London: UNICEF-Earthscan, 1999.

BARTHOLET, Elizabeth. Nobody’s Children. Abuse and Neglect, Foster Drift, and the Adoption Alternative. Boston: Beacon Press, 1999.

BELSKY et. al. Differential susceptibility to the environment: An evolutionary–neurodevelopmental theory. Development and Psychopathology, 23 p. 7–28, Cambridge University Press, 2011.

BETTELHEIM, B. Psychoanalysis and education. The School Review, p. 73-86, 1969.

BIRNBAUM, Rachel. The Voice of the Child in Separation/Divorce Mediation and Other Alternative Dispute Resolution Processes: A Literature Review, Family, Children and Youth Section, Department of Justice Canada, p. 61. Disponível em: <<https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/vcsdm-pvem/pdf/vcsdm-pvem.pdf>>.

BITTAR, Orlando. Federalismo Solidário e Desenvolvimento. Revista de Direito Administrativo, v. 115, Rio de Janeiro, 1974.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29, no. 1, 1-31pp. , 1990.

_____. Die Methoden der Verfassungsinterpretation: Bestandsaufnahme und Kritik. München: Neue juristische Wochenschrift, 1976.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Ciência Política. 10 ed. [S.I.] Malheiros, 2000.

BORGETTO, Michel. “Principe de fraternité”: comment traduire la décision du Conseil constitutionnel. 10 jun. 2018. Disponível em: <<http://blog.leclubdesjuristes.com/principe-de-fraternite-comment-traduire-la-decision-du-conseil-constitutionnel/>>).

BOROWSKI, Martin. Grundrechte als Prinzipien. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2007.

_____. Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52 (2) Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Legisprudence* 1, 2007.

BRAGA-PINTO, César. The Honor of the Abolitionist and the Shamefulness of Slavery: Raul Pompeia, Luís Gama and Joaquim Nabuco. *Luso-Brazilian Review*. 51(2), dez. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados, Legislação. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório da CNV. Capítulo 16, Parte III. Volume I. 2014. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto número 12 de 1925. Justificação. Anais do Senado Federal. Sessão de 7 de julho de 1925, v. III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930.

BREEN, Claire. The standard of the best interests of the Child – a western tradition in international and comparative law. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

BREMNER, R.H. Children and youth in America: a documentary history, 1600-1865. Cambridge: Harvard University Press, 1970.

BRÍGIDO, Carolina. STF confirma regra sobre idade mínima para matrícula em escola pública. *Jornal O Globo*, 1 ago.2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/stf-confirma-regra-sobre-idade-minima-para-matricula-em-escola-publica-22939849>>.)

BRITTO, L. As Leis de Menores no Brasil. Rio de Janeiro: Typographia da Escola de Preservação 15 de Novembro, 1929.

BRONFENBRENNER, U. Developmental ecology through space and time: A future perspective. *Examining lives in context: Perspectives on the ecology of human development*, 1995.

BRONZO, Carla; VEIGA, Laura da. Intersetorialidade e políticas de superação da pobreza: desafios para a prática. *Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, Cortez, n. 92, p. 5-21, nov. 2007.

BRUGNOLO, Bruno. Curitiba terá primeiro colégio militar privado em 2018. *Jornal Metro*, 31 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.metrojornal.com.br/foco/2017/07/31/curitiba-tera-primeiro-colegio-militar-privado-em-2018.html>>.

BUCKHOLTZ, Joshua W. From Blame to Punishment: Disrupting Prefrontal Cortex Activity Reveals Norm Enforcement Mechanisms. *Neuron*, 16 set. 2015.

BUCKHOLTZ, Joshua W.; FAIGMAN, David L. Promises, promises for neuroscience and law. *Current Biology*, v. 24, n. 18, 2014.

BUSTELO, Eduardo S. El recreo de la infancia. *Argumentos para outros comienzos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2007.

BUTLER, Graham. Solidarity and its limits for economic integration in the European Union's internal market. *Maastricht journal of European and comparative law*, 25, 3, p. 310-331, 1994.

CABRAL, Gustavo César Machado. A Lei da Boa Razão e as fontes do direito: investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2010, Fortaleza. *Anais do Conpedi*. Fortaleza: jun. 2010.

CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

TRINDADE, TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional*

dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

CASCUDO, Câmara. Dicionário do folclore brasileiro. 11. ed. São Paulo: Global, 2001.

CASIMIRO, Ana Palmira S. Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia: educação, lei, ordem e justiça no Brasil Colonial. Disponível em: <https://histedbrnovo.fe.unicamp.br/pf-histedbr/navegando/artigos_pdf/Ana_Palmira_Casimiro1_artigo.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2019.

CHAVES, Luciano Athayde. O Poder Judiciário brasileiro na colônia e no império: (des)centralização, independência e autonomia. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 44, n. 143, p. 293, dez. 2017.

CHAMBOULEYRON, Rafael & PRIORE, Mary Del. Jesuitas e as Crianças no Brasil Quinhentista. São Paulo: Contexto 2009.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. Dicionário dos símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números. Lisboa: Círculo de Leitores, 1997.

CIDH. Capítulo VII. Recomendações aos Estados membros em áreas nas quais devem ser adotadas medidas para a cabal observância dos direitos humanos, em conformidade com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Relatório Anual, 1997.

_____. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02, Serie A. n. 17, 28 ago. 2002.

_____. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Bogotá, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>.

CIESP. Annaes da comarca dos deputados: sessões de 1º a 31 de julho de 1911. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1914. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/SESS_01_JUL_1911.pdf>.

_____. Aviso n. 312 de 20 de outubro de 1859. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/AVISO%20312_20_OUT_1859.pdf>.

_____. Aviso n. 50 de 27 de novembro de 1885. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/AVISO%206_26_MAR_1892.pdf>.

_____. Decisão n. 275 de 21 de setembro de 1870. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/DECIS%20%20275_%2021_SE T_1870.pdf>.

_____. Lei n. 5.675 de 12 de julho de 1971. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/LEI%205675_12_%20JUL_1971.pdf>.

_____. Projeto n. 94 de 17 de julho de 1912. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%2094_17_JUL_1912.pdf>.

_____. Projeto n. 284. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%20284_25_OUT_1917.pdf>.

_____. Projeto n. 322 de 1912. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%20322_1912.pdf>.

_____. Projeto n. 1.926 de 1960. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/PROJ%20LEI%201926_1960.pdf>.

_____. Sessão de 31 de outubro de 1906. Disponível em: <http://www.ciespi.org.br/media/Base%20Legis/SESS_31_OUT_1906.pdf>.

COELHO, Tatiana. Maioria dos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes ocorre em casa; notificações aumentaram 83%. G1, Ciência e Saúde, 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/maioria-dos-casos-de-violencia-sexual-contras-criancas-e-adolescentes-ocorre-em-casa-notificacao-aumentou-83.ghtml>>.

COHEN, Joshua; SABEL, Charles F. Sovereignty and Solidarity: EU and US In: LADEUR, Karl-Heinz. Public Governance in the Age of Globalization. Routledge, 2004.

COHEN-ELIYA, Moshe; PORAT, Iddo. American balancing and German proportionality: The historical origins. I•CON, v. 8 n. 2, 263–286. Oxford: Oxford University Press, 2010.

COLAÇO, Thaís Luzia. Incapacidade indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

COMEL, Denise Como. Do Poder Familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Poder Judiciário no Brasil. Revista Estudos Institucionais, vol. 2, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Serviço de Proteção Social a Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência, Abuso e Exploração Sexual e suas Famílias. Referências para a atuação do psicólogo. Brasília: CFP, 2009.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 71/2011: Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no País. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

CONSTITUINTE tem lobby de criança. Correio Braziliense, Brasília, n. 8756, 1 maio 1987.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. COSTA, Antônio Carlos Gomes. Comentário ao ECA. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando (Orgs.). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. É possível mudar – a criança, o adolescente a família na política social do município. São Paulo: Malheiros, 1993.

COSTA, J. F. Ordem médica e norma familiar. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

COUTINHO, Ines J. S. Santos; ARAUJO, Denilson C. 80 anos do Código Mello Mattos: a vida que se fez lei. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 10, 2007.

COUTO, Jorge. A construção do Brasil: Ameríndios, Portugueses e Africanos, do início do povoamento a finais de Quinhentos. 2. ed. Lisboa: Ed. Cosmos, 1997.

CREWS, D. Epigenetics and its implications for behavioral neuroendocrinology. *Frontiers in Neuroendocrinology*, 29(3), p. 344-357, 2008.

CUNHA, Alexandre dos santos. Poder Familiar e Capacidade de Exercício de Crianças e Adolescentes. Tese (doutorado), Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Orientadora Judith Hofmeister Martins-Costa, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/61781/000718416.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.

CUNHA, F.; HECKMAN, J. J. Investing in Our Young People [unpublished manuscript] Department of Economics, University of Chicago, s.d.

CUNNINGHAM, Hugh. The Invention of Childhood, London: BBC, 2006.

CURTIN Deane; LITKE, Robert (Orgs.). Institutional Violence. Amsterdam: Editions Rodolpi. 1999.

CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando. Comentários ao art. 1º do ECA. In: Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CURY, M.; GARRIDO, P. A.; MARÇURA. Estatuto da Criança e do Adolescente anotado. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. O direito da criança ao respeito. São Paulo: Summus, 1986.

DAVIS, Elysia Poggi; BRUCE, Jacqueline; SNYDER, Kelly; NELSON, Charles A. The X-Trials: Neural Correlates of an Inhibitory Control Task in Children and Adults. *Journal of Cognitive Neuroscience*, 15 (3), p. 432-443, abr. 2003.

DE AQUINO, Tomas. *Suma teológica*, 37, 2a2ac, 57, 4.

DEL PRIORE, Mary (Org.) História das crianças no Brasil. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

_____. A criança negra no Brasil. In JACÓ-VILELA, AM., and SATO, L., orgs. *Diálogos em psicologia social* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2012.

DIGIÁCOMO, Murillo J. A Lei de Responsabilidade Fiscal e o Princípio da Prioridade Absoluta à Criança e ao Adolescente. In: Site do Ministério Público do Paraná, CAO Infância e Adolescência.

DILLON, Daniel G.; PIZZAGALLI, Diego A. Inhibition of action, thought, and emotion: A selective neurobiological review. *Applied and Preventive Psychology*, 12, n. 3, p. 99-114, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996.

DOLINOY, D. C.; JIRTLE, R. L. Environmental epigenomics in human health and disease. *Environmental and Molecular Mutagenesis*, 49(1), p. 4-8, 2008.

DOLTO, F. *Psicanálise e pediatria*. Tradução A. Cabral. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1988.

DOLTO, F.; NASIO, J-D. A criança do espelho. Tradução A. Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

EICHSTELLER, Gabriel. Janusz Korczak – His Legacy and its Relevance for Children's Rights Today. *The International Journal of Children's Rights*. v. 17: Issue 3, 1 jan. 2009.

ELLIS, Bruce J.; BOYCE, W. Thomas. Biological Sensitivity to Context. In: *Current Directions in Psychological Science*. Association for Psychological Science, 2008.

ELINDER, Mikael; ERIXSON, Oscar. Gender, Social Norms, and Survival in Maritime Disasters. *Proceedings of the National Academy of Sciences USA* 109(33) 13220-13224, 14 ago. 2012.

ELSTER, Jon. Solomonic Judgments: against the best interest of the child. *The University of Chicago Law Review*, v. 54, n. 1, p. 1-45, 1987.

ERASMUS, Desiderius. A Handbook on Good Manners for Children: *De Civilitate Morum Puerilium Libellus*. Tradução Eleanor Merchant. Londres: Preface, 2008.

_____. *The Education of a Christian Prince*. Cambridge: Cambridge UP, 1997.

ESTUDANTES denunciam à OEA repressão da polícia de SP em manifestações de 2015. Agência Brasil, São Paulo, 7 abr. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/estudantes-denunciam-oea-repressao-da-policia-de-sp-em-manifestacoes-de-2015>>.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIAS, José F. *A origem do direito de solidariedade*. RJ: Renovar, 1998.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ed. São Paulo: USP, 2006.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André (Orgs.). *Garantismo, Hermeneutica e (neo) Constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRI, Frederico. Il regolamento "Dublino III" tra crisi migratoria e "deficit" di solidarietà. *Studi sull'integrazione europea*, 13, 2, p. 519-532, 2018.

FILHO, Antonio Gonçalves. MASP abre exposição só para maiores de 18 anos. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 18 out. 2017. Disponível em:

<<https://cultura.estadao.com.br/noticias/artes,masp-abre-exposicao-so-para-maiores-de-18anos,70002050224>>.

FIOS da vida. Direção e produção: Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer. Realização Laboratório de Imagem e Som em Antropologia (Lisa-USP). 2013. (20 min) color.

FISS, Owen. Objectivity and Interpretation. Faculty Scholarship Series. Paper 1217, 1982.

FLICK, U. An introduction to qualitative research. Sage, 2009.

FOLKS, H. Care od destitute, neglect, and delinquent children. New York: Macmillan, 1902.

FONSECA, Cristina M. Oliveira. A Saúde da Criança na Política Social do Primeiro Governo Vargas. Physis – Revista de Saúde Coletiva, vol. 3, n. 2, 1993.

FORMAN, Lisa. Justice and Justiciability: Advancing Solidarity and Justice through South Africans' Right to Health Jurisprudence, 27 Med. & L. 661, 2008.

FORST, R. Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse: Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik. Berlin: Suhrkamp, 2011.

_____. Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age". In: SEIDMAN, S.; ALEXANDER, J. (Orgs.). The new social theory reader. Londres: Routledge, 2011.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange. Londres; Nova Iorque: Verso, 2003.

FREIRE, Paulo. Educação e atualidade brasileira. Recife: UFR, 1959.

_____. Educação como prática da liberdade. São Paulo: Cortez, 1992.

_____. Pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

FREEMAN, Michael. Article 3 – the best interests of the child. In: ALLEN André et all. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. London: Martius Nijhoff, 2007.

FREUD, Anna. Normality and Pathology in Childhood. London: Routledge, 1989.

FREUD, Anna et. All. In the Best Interests of the Child: Professional Boundaries. Solnit. New York: The Free Press, 1973.

FREUD, Anna; GOLDSTEIN, Joseph; SOLNIT, Albert. No interesse da criança. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

FREYA, Bruno S.; SAVAGEC, David A.; TORGLERB, Benno. Interaction of natural survival instincts and internalized social norms exploring the Titanic and Lusitania disasters. PNAS, v. 108, n. 41, 11 out., 2011.

FREYRE, Gilberto. Tempo morto e outros tempos: trechos de um diário de adolescência e primeira mocidade. São Paulo:Global, 2006.

FRIEDERICH, D. (2006): Die UN-Kinderrechtskonvention, Norderstedt Germany: GRIN Verlag, 2006.

FUNDAÇÃO Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente. De olho no orçamento criança. 2 ed., São Paulo, 2017.

GARDNER, Howard. Frames of Mind: The Theory of Multiple Intelligences. Cambridge: Basic Books, 1983.

_____. Multiple Intelligences After Twenty Years. Paper presented at the American Educational Research Association, Chicago, 21 abr. 2003.

GARFIELD, Seth. As raízes de uma planta que hoje é o Brasil: os índios e o Estado-Nação na era Vargas. Revista Brasileira de História. São Paulo, v. 20, n. 39, p. 15-42, 2000.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GELLER, JB. Titanic: Women and Children First. New York: W. W. Norton & Company, 1998.

GETÚLIO Vargas, o amigo das crianças. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa e Propaganda, 1940.

GEWIRTH, Alan. Are There Any Absolute Rights? The Philosophical Quarterly (1950-), v. 31, n. 122, pp. 1-16, Oxford: Oxford University Press, 1981.

GODOI, M. S. de. Tributo e solidariedade social. In: GRECO et al. (Coord.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005.

GOMES, Marcos Emílio (Coord.). A Constituição de 1988, 25 anos. Rio de Janeiro: Instituto Vladimir Herzog, 2013.

GONÇALVES, Antônio Sérgio; GUARÁ, Isa Maria F. Rosa. Redes de proteção social na comunidade. In: GUARÁ, Isa Maria F. Rosa. Redes de proteção social. São Paulo: Associação Fazendo História: NECA e Associação dos Pesquisadores de Núcleos de Estudos e Pesquisas sobre a Criança e o Adolescente, 2010.

GONÇALVES, João Luís. Uma breve história do Direito das Crianças e dos Jovens. Lisboa: Edições Vieira da Silva, 2018.

GONÇALVES, Thiago de Oliveira. A absoluta prioridade dos direitos da criança, do adolescente e do jovem: análise empírico-normativa da aplicação judicial da norma atribuída ao Artigo 227 da Constituição. 164 f. Mestrado em direito Instituição de Ensino: Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2011.

GONTHIER, Charles D., Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy, 45 McGill L. J. 567, 2000.

GOTTLIEB, Gilbert. Probabilistic epigenesis. *Developmental Science*, 10:1, p. 2, 2007.

GREENE, The Cognitive Neuroscience of Moral Judgment Joshua D. In: *The Moral Brain: A Multidisciplinary Perspective*, Neuroscience and society, MIT Press, March 2015.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun., 2008.

GUTIÉRREZ, Horacio. O Tráfico de Crianças Escravas para o Brasil durante o século XVIII. *Revista História*, São Paulo, p. 59-72, jan./jul., 1989.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Müller, 1998.

HABERMAS, Jürgen. The concept of Human Dignity and the realistic utopia of Human Rights. The Author Journal compilation, Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd, 2010.

_____. *Teoria do agir comunicativo*. 2 vol. Tradução de Paulo Soethe e Flávio Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. Some Further Clarifications of the Concept of Communicative Rationality, 1996. In: HABERMAS, J. On the Pragmatics of Communication. Edited by Maeve Cooke. Cambridge: The MIT Press, 1998.

_____. Direito e democracia. 2 vol. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMMARBERG, T. Making Reality of the Tights of Child Lectures, Part 2, Ghent: Children's Rights Centre, 1992.

HECKMAN, James J. The Case for Investing in Disadvantaged Young Children, CESifo DICE Report, ISSN 1613-6373, ifo Institut für Wirtschaftsforschung an der Universität München, München, Vol. 06, Iss. 2, 2008.

_____. Invest in early childhood development: Reduce deficits, strengthen the economy. The Heckman Equation, p. 1. Disponível em: https://heckmanequation.org/www/assets/2013/07/F_HeckmanDeficitPieceCUSTOM-Generic_052714-3-1.pdf

HECKMAN, James J.; KAUTZ, Tim. Hard evidence on soft skills. Labour Economics: Elsevier, 2012.

HECKMAN, J. J.; MASTEROV, D. V. The Productivity Argument for Investing in Young Children. Review of Agricultural Economics, 29(3), p. 446-93, 2007.

HECKMAN, J. J.; MOON, S.; PINTO, R. R.; YAVITZ, A. Q. The Rate of Return to the Perry Preschool Program [unpublished manuscript] Department of Economics, University of Chicago, s.d.

HEGEL, G. W. F. Jenaer Schriften, 1801-07. Werke in 20 Bänden (vol. 2). Frankfurt: Suhrkamp, 1970.

HENSCH, T. K. The power of the infant brain. Scientific American, p. 64-69, 2016.

HEWLETT, B. Hunter-Gatherer Childhoods – Evolutionary, Developmental, and Cultural Perspectives. New York: Routledge, 1970.

HESS, C.; OSTROM, E. A Framework for Analyzing the Knowledge Commons. In: Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice. Cambridge: MIT, 2005.

HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20 auflage, C.F. Müller, 1999.

HOLZSCHIETER, Elisabeth. *Gerechtigkeit*. Wien: Facultas, 2009.

HONNETH, Axel. *Kampf um Anerkennung: Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Suhrkamp, 2010.

_____. *Luta por reconhecimento: A gramática dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003.

HOWLAND, Southworth. *Disasters and Railroad Accidents in the United States*. Worcester, 1840.

HUGHES, Beverley. *Openness and Contact in Adoption: A Child-centred Perspective*. *The British Journal of Social Work*, v. 25, Issue 6, dez. 1995.

HÓSTIA. Ir. Aurea de Jesus. *O Padre Siqueira sua vida e sua obra*. Petrópolis. Vozes. 2013.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JACKSON, V.; TUSHNET, M., (Eds.). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. *Comparative Constitutional Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

JACOBSEN, Anette Faye. *Children's Rights in the European Court of Human Rights – An Emerging Power Structure*. *The International Journal of Children's Rights*, v. 24, Issue 3, 2016.

JASPERS, Karl. *Iniciação Filosófica*. Lisboa: Guimarães Editores, 1987.
Vom Ursprung und Ziel der Geschichte. Munique: Piper Verlag, 1949.

JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2 ed., Tübingen: Mohr, 1905.

JOHN, O. P.; SRIVASTAVA, S. *The Big Five Trait Taxonomy: History, Measurement, and Theoretical Perspectives*. In: PERVIN, L. A.; JOHN, O. P. (Eds.). *Handbook of Personality: Theory and Research*. Amsterdam: Elsevier, 1999.

JUNQUEIRA, Luciano Prates. *Descentralização, intersetorialidade e rede como estratégias de gestão da cidade*. *Revista FEA – PUC-SP*, São Paulo, v. 1, p. 57-72, nov. 1999.

KERBER-GANSE, W. *Die Menschenrechte des Kindes, Die UN-Kinderrechtskonvention und die Pädagogik von Janusz Korczak, Versuch einer*

Perspektivenverschränkung, Warschau: Barbara Budrich, Opladen & Farmington, 2009.

KEY, Ellen. The Century of the Child. New York: Putman, 1909.

KISHIMOTO, Tizuko M. Jogos infantis: o jogo, a criança e a educação. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

KLATT, Mathias. Robert Alex's Philosophy of Law as System. Institutionalized Reason. Oxford University Press 2012.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. The Constitutional Structure of Proportionality. Oxford: University Press, 2012.

_____. Verhältnismässigkeit Als Universelles Verfassungsprinzip. Der Staat, Vol. 51, No. 2, Duncker & Humblot GmbH, 2012.

KLEIN, Melanie. A psicanálise de crianças. In: Obras Completas de Melanie Klein. v. II, 1932, Rio de Janeiro: Imago, 1997.

_____. O desenvolvimento inicial da consciência na criança. In: Obras Completas de Melanie Klein: v. I, 1933, Rio de Janeiro: Imago, 1996.

KNIGHT, Franklin W. The Haitian Revolution. The American Historical Review, v. 105, Issue 1, 1 fev. 2000.

KNOX, John H. Horizontal Human Rights Law. American Journal of International Law. v. 102, Issue 1, jan. 2008.

KOHN, Lynne Marie. Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence, 10 Journal of Law & Family Studies, 337, 2008.

KORCZAK, Janusz. Como amar uma criança. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. Diário do Gueto. São Paulo: Perspectiva, 1986.

_____. O direito da criança ao respeito. São Paulo: Summus, 1986.

_____. Quando eu voltar a ser criança. 14 ed. São Paulo: Summus, 1981.

_____. Wie man ein Kind lieben soll. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co., 2018.

KUMM, M. Political Liberalism and the Structures of Rights: on the place and limits of the Proportionality Requirement .p. 153 In: PAVLAKOS, George (Ed). Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007.

_____. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice, 2 INT'L J. CONST. L. N. 574, 2004.

LAIDLER, Christiane. A lei do ventre livre: interesse e disputas em torno do projeto de “abolição gradual”. Revista Escritos da Fundação Casa de Rui Barbosa, ano 5, n. 5, 2011.

LANSDOWN, Gerison. The evolving capacities of the child. Unicef. Florence: Giuntina, 2005.

LARA, Silvia Hunold. Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa. Nn: ANDRÉS-GALLEGO, Jose (Coord). Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica. Madrid: Fundación Histórica Tavera/Digibis/Fundación Hernando de Larramendi, 2000. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/71612466.pdf>>.

LEITE, Isabel Costa. Os objetivos políticos da OEA: intervenção e desafios no espaço latino-americano. Cadernos de Estudos Latino-americanos, n. 1, 2006.

LEVITT P.; NELSON CA. How the timing and quality of early experiences influence the development of brain architecture. Child Development, 81, p. 28-40, 2010.

LEWIS, C. S. The Abolition of Man, or, Reflections on Education with Special Reference to the Teaching of English in the Upper Forms of Schools. San Francisco: HarperSanFrancisco, 2001.

LIBERAT, W. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Malheiros, 1998.

LIEBEL, Manfred. Kinder und Gerechtigkeit – über Kinderrechte neu nachdenken. Weinheim und Basel: Beltz Juventa, 2013.

LIMA, João Alberto de Oliveira. A Gênese do texto da Constituição de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013, p. 356. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>>.

LIMA, Karina de Oliveira. Menor: um problema para a sociedade disciplinar, São Paulo, Dissertação (Mestrado, Psicologia), Instituto de Psicologia da UPS, orientador Paulo César Endo, 2011.

LIMA, Paulo Gomes. Tendências Paradigmáticas na Pesquisa Educacional, Artur Nogueira. São Paulo: Amil, 2003.

LINDEN-RETEK, Paul. Cosmopolitan law and time: Toward a theory of constitutionalism and solidarity in transition. *Global Constitutionalism*, 2015, 4:2, p. 157–194, Cambridge University Press, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141 jan./mar. 1999.

LOCKE, John. Some Thoughts Concerning Education. *The Harvard Classics*. Nova Iorque: P.F. Collier & Son, 1909–17.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. A escravidão no Brasil: ensaio historico-juridico-social. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1866. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/174437>>.

MARANGON, Ana Carolina Rodrigues. Janusz Korczak, precursor dos Direitos da criança. São Paulo: Editora Unesp; Edição, 2008.

MARCÍLIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil. 1726-1950. In: *História social da Infância no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2016.

MARQUESE, Rafael de Bivar. A dinâmica da escravidão no Brasil: resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX. *Novos estud. CEBRAP*, São Paulo, n. 74, mar. 2006.

MARTINEAU, Anne-Charlotte. Overcoming Eurocentrism? *Global History and the Oxford Handbook of the History of International Law*. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 25, n. 1, p. 335-336, 2014.

MARTINS, José Pedro Soares. Prioridade para infância e adolescência, dever do Estado e da sociedade (DDHH Já – Dia 88, Art.29). Agência Nacional de Notícias - ASN, 31 mar. 2019. Disponível em: <<http://agenciasn.com.br/arquivos/15561>>.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais, in Tânia PEREIRA e Guilherme OLIVEIRA (orgs.): *Cuidado e Vulnerabilidade*, São Paulo, Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAVRONICOLA, Natasa. What is an "bsolute right"? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention. *Human Rights Human Rights Law Review* 12:4, Oxford University Press, 2012.

MCEWEN, B. S.; SEEMAN, T. Protective and damaging effects of mediators of stress: elaborating and testing the concepts of allostasis and allostatic load. *Annals of the New York Academy of Sciences*, 896(1), p. 30-47, 1999.

MCHALE, Jerry; ROBERTSON, Irene; CLARKE, Andrea. Building a Child Protection Mediation Program in British Columbia. *47:1 Family Court Review* 86, 2009.

MDS. Censo SUAS – Bases e Resultados 2018, Unidades de Acolhimento.
_____. Censo SUAS – Bases e Resultados 2016, Gestão Municipal
_____. Orientações técnicas sobre Benefícios Eventuais no SUAS. 2018, p. 20.
_____. Orientações técnicas para elaboração do plano individual de atendimento (pia) de crianças e adolescentes em serviços de acolhimento. Brasília: Imprensa Oficial, 2018.

MEAD, G. H. La génesis del self y el control social. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. Madrid, 55, jul./set. 1991.

MEDINA, José Miguel Garcia. Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Paulo: Saraiva, 2014.

MENINA vítima de intolerância religiosa diz que vai ser difícil esquecer pedrada. G1, Rio de Janeiro, 16 jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/menina-vitima-de-intolerancia-religiosa-diz-que-vai-ser-dificil-esquecer-pedrada.html>>.

MIGNOLO, W. D. Os esplendores e as misérias da ciência: colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistémica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. Porto: Afrontamento, 2003.

MIKALSON, J. D. Hestia. Greek Myth and Religion. In: *Oxford Classical Dictionary*. [on-line] dez. 2015.

MILL, John S. *On Liberty*. 1859. Ontario: Batoche Books, 2001.

MILLER, P.H. Piaget's cognitive-stage theory and the neo-Piagetians. In: Theories of Developmental Psychology. 5 ed. New York: Worth Publishers, 2011.

MILWARD, David. Children Need Families, Not Courtrooms: Alternatives to Adversarial Litigation in Child Welfare, A Special Report. The Office of the Children's Advocate Manitoba. mar. 2016.

MINNEROP, Petra et al. Solidarity Rights - Development, Peace, Environment, Humanitarian Assistance. Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law Encyclopedia, fev. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica n. 11/2017/PFDC/MPF. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/direitos-sexuais-e-reprodutivos/nota-tecnica-liberdade-artistica-e-protecao-de-criancas-e-adolescentes>>.

MIRAGLIA, Paula. Uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. Novos Estudos. n 72, jul. 2005.

MÖLLER, Kai. Balancing and the Structure of Constitutional Rights, 5 International Journal of Constitutional Law, 453-68, 2007, p. 466.

_____. The Global Model of Constitutional Rights, 2007, I•CON, jul., v. 5: 453, 2007.

MNOOKIN, Robert. Foster Care-In Whose Best Interest? Harvard Educational Review, v. 43, n. 4, nov., 1973.

_____. Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy. L. & Contemp. Prob. 226, 1975.

MÖLLER, Kai. US Constitutional Law, Proportionality, and the Global Model. In: JACKSON, V.; TUSHNET, M., (Eds.). Proportionality: New Frontiers, New Challenges. Comparative Constitutional Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

_____. The Global Model of Constitutional Rights, 2007, I•CON, jul. 2007.

MONDIN, Fabrícia Alcantara. A construção da decisão judicial nas ações de destituição do poder familiar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco de. Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa:Verbo, 2007.

MORENO, Alessandra Zorzetto. Adoção: práticas jurídicas e sociais no Império Luso-Brasileiro (XVIII-XIX). História, São Paulo, v. 28, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/his/v28n2/15.pdf>>.

MORESO, José Juan. Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights. *Ratio Juris*, 25, 2012.

_____. Alexy y la aritmética de la ponderación, 2007, p. 74. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.

MORIN, Edgar. *O Método VI: Ética*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

_____. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. São Paulo: Cortez; Brasília, 2000.

MOTT, Luiz R. B. *Piauí colonial: população, economia e sociedade*. Teresina: Projeto Petrônio Portela, Governo do Estado do Piauí, 1985.

MOTT, Maria Lúcia de Barros. *A criança escrava na literatura de viagens*. *Cadernos de Pesquisa*, n. 31, 1972.

MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: Edusp, 2004.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na Teoria Estruturante do Direito, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Num. 7, 2003.

MULLEY, Clare. *The Woman who saved the Children: a Biography of Eglantyne Jebb, Founder of Save the Children*. Oxford: Oneworld, 2009.

MUTUA, Makau. *Is the Age of Human Rights Over?* London e New York: Routledge, 2016.

MYERS, John E.B. *Child Protection in America: Past, Present, and Future*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

NABAIS, J. C. *Solidariedade social, cidadania e direito fiscal*. In: GRECO et all (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

NASCIMENTO, Maria Livia do. *Proteção e negligência: pacificando a vida de crianças e adolescentes*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lamparina, FAPERJ, 2015.

NATIONAL SCIENTIFIC COUNCIL ON THE DEVELOPING CHILD. *Building the Brain's "Air Traffic Control" System: How Early Experiences Shape the Development of Executive Function*. Working Paper 11. Center on the Developing Child at Harvard University, 2011. Disponível em: <<http://www.developing child.harvard.edu>>.

_____. Children's Emotional Development Is Built into the Architecture of Their Brains. Working Paper 2. Center on the Developing Child, Harvard University, 2004. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

_____. Early Experiences Can Alter Gene Expression and Affect Long-Term Development. Working Paper 10. Center on the Developing Child, Harvard University, p. 1, 2010. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

_____. Excessive Stress Disrupts the Architecture of the Developing Brain. Working Paper 3. Center on the Developing Child, Harvard University, 2005/2014. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

_____. The Timing and Quality of Early Experiences Combine to Shape Brain Architecture. Working Paper 5. Center on the Developing Child, Harvard University, 2007. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

_____. Young children develop in an environment of relationships. Working Paper No. 1. Center on the Developing Child, Harvard University, 2004. Disponível em: <<http://www.developingchild.harvard.edu>>.

NELSON, Charles A. Neural plasticity and human development: the role of early experience in sculpting memory systems. *Developmental Science*, 3:2, p. 115-136, 2010.

NELSON, Charles; FOX, Nathan; ZEANA, Charles. *Romania's Abandoned Children - Deprivation, Brain Development, and the Struggle for Recovery*. Cambridge: Harvard University Press. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOVINSKY, Anita. Janusz Korczak e a esperança perdida. In: ARNON, Joseph. *Quem foi Janusz Korczak?* São Paulo: Perspectiva, 2005.

NOVO ministro da Defesa fraudou a Constituição em 1988. *Jornal Brasil de Fato*, de 16 a 22 ago., 2007. Disponível em: <http://issuu.com/brasildefato/docs/bdf_233/6>.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NUNES, Marcelo Guedes (coord.), et al. *Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil: uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

OCHA. *The Use of Foreign Military and Civil Defence Assets In Disaster Relief*, 2007.

O'DWYWER, Eliane Cantarino (Org.). Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

OECD. What is social capital? Insights: Human Capital, 2011.

OHCHR. Human Rights Council. A/HRC/25/35. Access to justice for children. 16 dez. 2013.

_____. Principles and Guidelines supported by practical guidance, on the human rights protection of migrants in vulnerable situations. Global Migration Group, Geneva: OHCHR, 2017.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. In: Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OSTROM, Elinor. Governing the Commons – the evolution of Institutions for collective action. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PADASTRO é acusado de matar enteado de 10 anos por dizer que é gay. Isto É, Mundo, 28 jun. 2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/padrasto-e-acusado-de-matar-enteado-de-10-anos-por-dizer-que-e-gay>>.

PAES, Elpídio Ferreira. Estrutura e evolução da família romana. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. n. 5, p. 20, 1971. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/67468>>.

PARK, Ki-Gab. Law on natural disasters. Community Obligations in Contemporary International Law Veranstaltung, 2015, Berlin: Community interests across international law. First edition, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do Direito Civil. 11 ed., v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Caio M. da Silva. Estatuto da Criança no quadro evolutivo do direito brasileiro. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREIRA, Rodrigo. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coords.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família. 2004. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

PEREIRA, Tania da Silva. Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

PESTALOZZI, J. H. Antologia de Pestalozzi. Tradução Lorenzo Luzuriaga. Buenos Aires: Losada, 1946.

PETERS, Anne. Global Constitutionalism. The Encyclopedia of Political Thought. John Wiley & Sons Ltd., 2015.

PIAGET, J. A linguagem e o pensamento da criança. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. A representação do mundo na criança. Rio de Janeiro: Record, 1936.

_____. O nascimento da inteligência na criança. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

PIEROTH; SCHLINK; KINGREEN; POSCHER. Grundrechte Staatsrecht II, 31. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, item 60, 2010.

PIKLER, Emmi. The Development of Movement – Stages, An excerpt PEACEFUL BABIES – CONTENTED MOTHERS (published in 1940), taken from Sensory Awareness Foundation publication BULLETIN (Number 14/Winter 1994); . Pikler, Emmi, "Se Mouvoir en Liberte des le Premier Age" Presses Univ. de France, Paris, 1979.

PINHEIRO, Luciana de Araújo. O magistrado paternal: o Juiz Mello Mattos e a assistência e proteção à infância (1924-1933). 2014. 231 f. Tese (Doutorado em História das Ciências e da Saúde)-Casa de Oswaldo Cruz Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014.

PINHEIRO, Maria Cristina Luz. O Trabalho de Crianças Escravas na Cidade de Salvador 1850-1888. Afro-Ásia, 32, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal de Direitos Humanos: desafios e perspectivas. Rev. TST, Brasília, v. 75, n. 1, p. 108-109, jan/mar 2009.

_____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIRES, José Santo Dal Bem; MOTTA, Waldir Francelino. A evolução histórica do orçamento público e sua importância para a sociedade. Enfoque: Reflexão Contábil, Maringá, v. 25, n. 2, p. 16-25, 2006.

- PLATÃO. A República. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- PLUTARCO. De liberis educandis. Leipzig: Teubner, 1974.
- PRIOTTO, Elis; BONETI, Lindomar. Violência escolar: nas escolas, da escola e contra a escola. Rev. Diálogo Educ., Curitiba, v. 9, n. 26, p. 161-179, jan./abr. 2009.
- PRUDENTE, E. A. DE J. O negro na ordem jurídica brasileira. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 83, p. 135-149, 1988.
- PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación, 2007, p. 45-47. In: ALEXY, Robert. Derechos sociales y ponderación. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- PUTNAM, Robert. Making Democracy Work. Civic Traditions in Modern Italy, 1993.
- RAMOS, Alcida Rita. Sociedades indígenas. 2. ed. São Paulo: Ática, 1988.
- RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- RASELLA D; BASU S; HONE T; PAES-SOUSA R, OCKÉ-REIS CO; MILLETT C. Child morbidity and mortality associated with alternative policy responses to the economic crisis in Brazil: A nationwide microsimulation study. PLoS Med 15(5): e1002570, 2008.
- RAZ, Joseph. Practical Reason and Norms. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado, 5a ed., São Paulo: Saraiva, 2000.
- REINA, Eduardo. Cativo sem fim: as histórias dos bebês, crianças e adolescentes sequestrados pela ditadura militar no Brasil. São Paulo: Alameda, 2019.
- REIS, João José. Rebelião Escrava no Brasil: a história do levante dos Malês em 1835. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- RESONBLOOM, Michael et al. The Funcional Neuroanatomy of Decision-Making. J Neuropsychiatry Clin Neurosci, 24:3, 2012.
- RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro – a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Ed. Global, 2014.

_____. Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RIBEIRO, Paulo Rennes Marçal. História da saúde mental infantil: a criança brasileira da Colônia à República Velha. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 11, n. 1, p. 29-38, jan./abr. 2006.

RIVERA, Deodato (Org.). *Brasil criança urgente: a lei*. São Paulo: Columbus, Coleção Pedagogia Social, v. 3, 1990.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores do pátrio poder ao pátrio dever: Um história da legislação para a infância no Brasil. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (orgs.). *A arte de governar crianças: A história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Universitária Santa Úrsula, 1995.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

ROBESPIERRE, Maximilien. Discours sur l'organisation des gardes nationales. Article XVI. 1790.

ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da constituinte: do autoritarismo à democratização. *Lua Nova: revista de cultura e política*, n. 88, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452013000100004&script=sci_arttext>.

ROEDIGER, R. What happened to behaviorism. APS, 2004. Observer. Disponível em: <<http://www.psychologicalscience.org/index.php/uncategorized/what-happened-to-behaviorism.html>>.

ROSSATO, L.; LÉPORE, Paulo; CUNHA, Rogério. *Estatuto da Criança e do Adolescente, Comentando artigo por artigo*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROTH, Wolfgang. *Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio, ou da educação*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1973.

_____. *Émile ou de l'éducation*. Tradução Sérgio Milliet. São Paulo: Difel Editorial, 1979.

_____. *Projeto para a educação do Senhor de Sainte-Marie*. Tradução Dorothée de Bruchard. Porto Alegre: Paraula, 1994.

ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, München: Verlag C.H. Beck, 1992.

RUA, Maria das Graças. Políticas públicas, 3. ed. rev. atua., Florianópolis Departamento de Ciências da Administração, UFSC. Brasília: CAPES/UAB, 2014.

RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtsträger. Rn. 13, p. 731-792 In: INSENSEE; KIRCHHOG (Orgs). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band IX: Allgemeine Grundrechtslehre. Heiderlberg: C.F. Müller, 2011.

RUSSELL, Bertrand. Uma História da Filosofia Ocidental. Brasília: Editora Nacional, 1967.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o Direito? Revista dos Tribunais, RT 926, p. 540-541, dez., 2012.

SAMEROFF, A. A unified theory of development: A dialectic integration of nature and nurture. Child Development, 81(1), p. 6-22, 2010.

SANCHES, Helen C.; VERONESE, Josiane R. Dos Filhos de Criação à Filiação Socioafetiva. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

SANTOS FILHO, L. História geral da medicina brasileira. São Paulo: Hucitec/Edusp, 1991.

SÃO PAULO (Estado). Assembleia Legislativa. Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva”. Infância roubada, crianças atingidas pela ditadura militar no Brasil. São Paulo: Alesp, 2014.

SBP. Disforia de Gênero. Guia Prático de Atualização. Departamento Científico de Adolescência, n. 4, jun. 2017. Disponível em: <http://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/19706c-GP_-_Disforia_de_Genero.pdf>.

SECO, Ana Paula; AMARAL, Tania C. I. Marquês de Pombal e a reforma educacional brasileira. In: Navegando na História da Educação Brasileira. HISTEDBR, FE-Unicamp. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html>.

SENADO FEDERAL. Parecer do Senador Expedito Júnior (PR/RO) à PEC n. 42 de 2008 apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 11 fev., 2009.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker u. Humblot GmbH, 1928.

SCHMITZ, Zenaide Inês; COSTA, Miguel Ângelo Silva da. Educação, infância e nacionalismo: uma abordagem a partir das cartilhas escolares “Getúlio Vargas para crianças” e “Getúlio Vargas: o amigo das crianças”. *Revista Linhas*, Florianópolis, v. 18, n. 36, p. 377-404, jan./abr., 2017.

SCHNEIDER, Carl E. Discretion, Rules, and Law: Child Custody and the UMDA's Best-Interest Standard, 89 *Mich. L. Rev.* 2215, 1991.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. Fios da vida: crianças abrigadas, hoje adultas, diante de seus prontuários. *Revista de Antropologia, Vivência*, n. 46, 2015.

SHONKOFF, J. P.; FHILLIPS, D. A. *From Neurons to Neighborhoods: The Science of Early Childhood Development*. Washington: National Academy Press, 2000.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal Superior da Bahia e seus desembargadores*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCIARRA, Silvana. *Solidarity and conflict*. Cambridge University Press, 2018.

SECO, Ana Paula; AMARAL, Tania C. I. Marquês de Pombal e a reforma educacional brasileira. In: *Navegando na História da Educação Brasileira*. HISTEDBR, FE-Unicamp. Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html>.

SÊNECA. *Diálogos*. Tradução José Eduardo S. Lohner. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2014.

SHONKOFF, J. P. Building a new biodevelopmental framework to guide the future of early childhood policy. *Child Development*, 81(1), p. 357-367, 2010.

SILVA, Elaine Cristina da. *Direito da criança e do adolescente: entre a curricularização e a efetividade do acesso à justiça via formação acadêmica. Por uma educação jurídica superior que contemple a prioridade absoluta dos direitos infantoadolescentes*. 2018. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, p. 42-43. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-AXJMPK/ppgdireito_elainecristinasilva_dissertacaomestrado.pdf?sequence=1>.

SILVA, José Afonso da. O processo de formação da Constituição de 1988. In: *SENADO FEDERAL. A Gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília, 2013, p. xix. Disponível em:

<<http://www.senado.leg.br/publicacoes/GeneseConstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf>>.

_____. Direitos humanos da criança. In: Poder Constituinte e Poder Popular. Malheiros, 2002, p. 207-6.

_____. Curso de Direito Constitucional positivo, 41ed, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. How Global is Global Constitutionalism?: Comments on Kai Moller's The Global Model of Constitutional Rights, *Jerusalem Review of Legal Studies* 10, 2014.

_____. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision, *Oxford Journal of Legal Studies* 31:2, 273-301, 2011.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, 4, 2006.

_____. Interpretação Constitucional e sincretismo metodológico, p. 121. In: DA SILVA, Virgílio (orgs.), *Interpretação constitucional. Coleção teoria e direito publico*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, 2002.

SILVA, Leandro Alves da et al. A carta de Esperança Garcia: uma mensagem de coragem, cidadania e ousadia. Porto Alegre: MinC, 31 jul. 2015.

SKINNER, B. F. Operant behavior. In: *Science and human behavior*. The B. F. Skinner Foundation, 1953.

SOUZA, José Inacio de Melo. O Estado contra os meios de comunicação, 1889-1945. São Paulo: Annblume, 2003.

SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2014.

_____. *Staatsrechtliche Abhandlungen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1955.

STAMATTO, Maria Inês Sucupira. Assistência social educativa para a infância desvalida (Brasil, 1822-1889). *Revista Iberoamericana de Educación*, vol. 75, pp. 89-110, 2017.

STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito, Brasília a. 49 n. 194 abr./jun., 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPER, C.; HARKNESS, S. Cultural Perspectives on Child Development. In: WAGNER, D.; STEVENSON, H. (Eds.). Cultural Perspectives on Child Development. San Francisco: W.H. Freeman, 1982.

TEIFKE, Nils. Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Rights., p. 235. In: GRIMM, KEMMERER, MÖLLERS. Human Dignity in Context. Baden-Baden: Nomos, 2018.

SUPIOT, Alain. Homo Juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SURALL, Frank. Ethik des Kindes: Kinderrechte und ihre theologisch-ethische Rezeption. Habilitationsschrift, Kohlhammer W, 2009.

TELLES, José Homem Corrêa. Commentario critico á Lei da Boa Razão. Lisboa: Tipographia de Maria da Madre de Deus, 1865. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/108523/pdf/108523.pdf>>.

TOLEDO JR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio C. Os tribunais de contas e os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente. Revista do TCU, n. 108, jan/abril, 2007.

UN. Committee on the Rights of the Child. General Comment No. 1: The Aims of Education, article 29, 2001, CRC/GC/2001/1, 17 April, 2001.

UNICEF. Frequently asked questions. Convention on the Rights of the Child. Disponível em: <https://www.unicef.org/crc/index_30229.html>.

_____. Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child, 2007.

_____. Um mundo para as crianças: Relatório da Sessão Especial da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a Criança. As metas das Nações Unidas para o Milênio. Nova York: Nações Unidas, 2002, p. 12.

VALENTE, Jane. Família Acolhedora. As relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento. São Paulo: Paulus, 2013.

VALENTINE, G. Angels and Devils: Moral Landscapes of Childhood. Environment and Planning D: Society and Space, 14(5), p. 581–599, 1996.

VAN BUEREN, Geraldine. The international Law on the Rights of the Child. Den Haag: Martinus Nijhoff, 1998.

VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Boletim Científico, n. 26, jan./mar, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/7823>>.

VASAK, Karel Vasak. Pour une troisième génération des droits de l'homme. In: Studies and essays on international humanitarian law and red cross principles, 1984, p. 837-839 apud MORGAN-FOSTER, Jason. Third Generation Rights: What Islamic Law Can Teach the International Human Rights Movement, 8 YALE HUM. RTS. & DEV. L.J. 67, 2005

VAZ, F. A infância abandonada. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

VARCELONE, Paolo. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio F. do Amaral; MENDEZ, Emílio G. (Coords). Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e Sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria da Penha à Belo Monte. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL LIMITES E POSSIBILIDADES DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO – IMPUNIDADE, DIREITOS E DEMOCRACIA. Porto Alegre, 2 abr., 2012. Disponível em: <[https://www.conectas.org/arquivos/site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\)\(1\).pdf](https://www.conectas.org/arquivos/site/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2)(1).pdf)>.

VILLELA, J. B. Liberdade e família. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. III, série Monografias, n. II. Belo Horizonte: Direito UFMG, 1980.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, 4, 2006.

VON BOGDANDY, Armin; MAC GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena. Ius constitutionale commune en América Latina: A regional approach to transformative constitutionalism. Publisher Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 28 out. 2016.

VON SAVIGNY, Friedrich Carl. System des heutigen Römischen Rechts. § 33, A: Auslegung der Gesetze. Berlin, 1840.

VYGOTSKY, L. Mind and society. Cambridge: MIT Press, 1978.

WANG, Peng-Hsiang. Formal Principles as Second-Order Reasons, In: BOROWSKI, Martin et al. (Eds.). Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie. Zum System Robert Alexys, Mohr Siebeck, 2016.

WAPLER, Friederike. Kinderrechte und Kindeswohl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Correia de. Curso avançado de Processo Civil. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WASSETZUG, Zalman. Janusz Korczak: mestre e mártir. São Paulo: Summus, 1983.

WATKINS, Sallie A. The Mary Ellen Myth: Correcting Child Welfare History. Social Work. v. 35, n. 6. Oxford: Oxford University Press, 1990.

WEBBER, Grégoire. Proportionality and Absolute Rights, 2017.

_____. Proportionality, Balancing and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. Canadian Journal of Law and Jurisprudence 23 (1):179-202, 2010.

WERKER, J.; HENSCH, T. Critical periods in speech perception: New directions. Annual Review of Psychology, 66, p. 173-196, 2015.

WESTIN, Ricardo. Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920. Senado Federal, 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>>.

WHO. Violence against children. Fact sheet. Media Centre. Fev. 2018. Disponível em: <<https://www.who.int/mediacentre/factsheets/violence-against-children/en/>>.

WINNICOTT, Donald W. Privação e Delinquência. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. Tudo Começa em Casa. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, Daniel; CALDEIRA, Gregory. The Oxford Handbook of Law and Politics. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WYTENBACH, J. Grund-und Menschenrechtskonflikte zwischen eltern, kind und staat. Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem Internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV). Helbing & Lichtenhahn, 2006.

XAVIER, Patrícia Pereira. O Dragão do Mar na Terra da Luz: a construção do herói jangadeiro (1934-1958). 2010. 142 f. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

YOUF, Dominique. Penser les droits de l'enfant, Paris: PUF, 2002.

ZANELLA, Maria; LARA, Angela. O Código de Menores de 1927, o direito penal do menor e os congressos internacionais o nascimento da justiça juvenile. Revista Angelus Novus, USP – ano VI, n. 10, p. 105-128, 2015, p. 127.