



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

ANA LUIZA NOGUEIRA DE ARAÚJO

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CRIANÇAS E DOS
ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA (DES)JURIDICIZAÇÃO
FÁCTICA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ**

**Maceió
2009**

ANA LUIZA NOGUEIRA DE ARAÚJO

**A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CRIANÇAS E DOS
ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA (DES)JURIDICIZAÇÃO
FÁCTICA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ**

**Dissertação apresentada ao programa de Pós-
Graduação em Direito Público da Faculdade de
Direito de Alagoas – Ufal, como requisito parcial
à obtenção do grau de Mestre.**

**Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins
Júnior.**

**Maceió
2009**

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Betânia Almeida dos Santos

A663p Araújo, Ana Luiza Nogueira de.
A proteção constitucional das crianças e dos adolescentes : uma análise da
(des)juridicização fática no município de Maceió / Ana Luiza Nogueira de
Araújo, 2009.
127 f.

Orientador: George Sarmiento Lins Júnior.
Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2009.

Bibliografia: f. 118-125.
Anexos: p. 126-127.

1. Direitos fundamentais – Crianças e adolescentes. 2. Prioridade absoluta.
3. Tutela jurisdicional diferenciada. 4. Políticas públicas. I. Título.

CDU: 342.7-053.2/.6

ANA LUIZA NOGUEIRA DE ARAÚJO

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: UMA ANÁLISE DA (DES)JURIDICIZAÇÃO FÁCTICA NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito de Alagoas – Ufal, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima

Julgamento: Aprovada com distinção Assinatura: 

Profa. Dra. Olga Jubert Gouveia Krell

Julgamento: Aprovada com distinção Assinatura: 

Profa. Ph.D. Erivalva Medeiros Ferreira

Julgamento: Erivalva Medeiros Ferreira Ph.D. Assinatura: 

Aprovada com distinção

Menção Geral: Aprovada com distinção

Coordenador de Curso:

Dr. George Sarmento Lins Júnior

Maceió, 24 de abril de 2009.

DEDICATÓRIA

À criança A.J.S., garoto de rua de apenas 06 (seis) anos de idade, vítima de violência sexual praticada por um adulto, descaso da família e omissão do Poder Público. Na delegacia, ouvido como vítima, disse que sua vontade era pegar uma arma e atirar em uma autoridade. A sua invisibilidade perante o mundo tornou-o rude com todos. Afinal, somos também responsáveis por essa marca indelével deixada pela ausência de infância.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a **Deus**, sem o qual nada disso seria possível. E também por ter me dado a benção de estar gerando a já querida Heloísa.

A **Leyde** (*in memoriam*), pelo grande e belo exemplo de vida, e pela presença constante em todos os meus momentos, ainda que no pensamento.

Aos meus **pais**, pelo incentivo e por propiciarem condições e êxito na formação acadêmica e profissional.

A **Durval**, companheiro de todas as horas, pela compreensão e apoio, capazes de tornar essa tarefa menos árdua.

Ao Professor Doutor **George Sarmiento**, por sua profícua e sempre válida orientação, primordial para a conclusão desta etapa. Seu auxílio foi essencial no aprimoramento da pesquisa.

Aos Professores Doutores **Andreas Krell, Maria da Graça Gurgel, Alberto Jorge Correia e Olga Jubert Krell**, por todas as informações valiosas ministradas durante as aulas no Mestrado, as quais corresponderam à ajuda inestimável na conclusão deste trabalho acadêmico.

Aos **amigos** da turma do Mestrado, pela solidariedade de todos. Especialmente a **Daniele** pela amizade.

À competente **Giovanna Codá**, assistente administrativa, pela dedicação ao Mestrado em Direito da Ufal, e, sobretudo, pelo apoio e adminículo prestados, buscando sempre condições propícias ao desenvolvimento das pesquisas.

A **Lourdes**, escritã de polícia, pela colaboração na coleta de dados.

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo a análise da proteção constitucional brasileira aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, valendo-se de uma perspectiva axiológica, dogmática e sociológica. Nesse último aspecto, o estudo refere-se, principalmente, ao tratamento estatal ofertado no município de Maceió. O desiderato da primeira perspectiva é a demonstração da mudança paradigmática ínsita na abordagem do direito da criança e do adolescente, num exame do ordenamento jurídico brasileiro. Efetivamente, a análise jurídica do tema pode ser estudada sob o prisma da crise paradigmática, pois de um lado tem-se o que se convencionou chamar de velho paradigma, representando toda a produção legislativa pertinente à doutrina da situação irregular, e, a partir da Constituição Federal, surge um novo sistema calcado na participação popular e na mobilização social. É dada ênfase, também, ao regime constitucional e sua repercussão na legislação ordinária dos direitos de crianças e adolescentes, a partir do conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais e da superação nessa área da dicotomia entre os direitos individuais, ou de defesa, e os direitos sociais, reputados como prestacionais. Ademais, apresenta uma análise do sistema estatal hodierno, com vistas a assegurar a efetividade do consagrado constitucionalmente, sendo dada especial atenção à realidade existente no município de Maceió, mormente nos mecanismos de proteção especial e nas políticas de atendimento. Nessa seara, evidencia sua ineficácia, diante da incipiente jurisprudência garantidora da prioridade absoluta, além das dificuldades encontradas na estrutura organizacional de proteção à infância, com investimento financeiro insuficiente e necessidade de capacitação funcional. Os dados estatísticos acerca da violência contra crianças e adolescentes praticada por adultos (penalmente imputáveis) na capital alagoana também comprovam a necessidade de intervenção estatal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais de crianças e adolescentes; Prioridade absoluta; Tutela jurisdicional diferenciada; Políticas públicas.

ABSTRACT

The scope of this paper is to assess how far the Brazilian constitution goes in protecting the fundamental rights of children and teenagers. Such is accomplished through an axiologic, dogmatic, and sociological perspective. This latter aspect mainly concerns the services provided by the public sector in the city of Maceió. By examining the Brazilian juridical framework, the first perspective is aimed at showing the paradigmatic change when approaching the rights of children and teens. A juridical analysis of the topic may effectively be made through the prism of the paradigmatic crisis. After the promulgation of the new Federal Constitution, the so-called old paradigm, representing the entire legislative output pertaining to the doctrine of irregular situation, was superseded by a new system based on popular participation and social mobilization. Emphasis is also given to the constitutional regime and its repercussion upon ordinary legislation concerning the rights of children and teens. It begins with the broad concept of fundamental rights and of resolving the dichotomy between rights of the individual, of defense, and social rights. The paper also analyzes the modern state system in an attempt to ensure the effectiveness of that which is constitutionally accepted, with special attention given to the situation encountered in the city of Maceió, primarily on how to deal with the public and those mechanisms that afford special protection. Its inefficacy is thus made clear in view of incipient jurisprudence to secure absolute priority, in addition to difficulties in the organizational structure of childhood protection as well as the lack of funds and qualified personnel. Statistics about violence against children and teens perpetrated by adults (criminally imputable) in the state capital of Alagoas have also attested to the need for public intervention.

Keywords: Fundamental rights of children and teens; Absolute priority; Differentiated jurisdictional protection; Public policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I: PRISMA AXIOLÓGICO	15
CAPÍTULO I: O VELHO E O NOVO PARADIGMA NO ÂMBITO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	16
1.1 Direitos da criança e do adolescente e Estado Democrático de Direito	16
1.1.1 Estado Democrático de Direito e emergência histórica dos direitos fundamentais	16
1.1.2 Infância e legalidade democrática	20
1.1.3 O Direito e a necessária luta por direitos	22
1.2 A trajetória do regime jurídico da infância e juventude	24
1.2.1 Crianças x estatísticas	24
1.2.2 O antigo paradigma – uma evolução legislativa no ordenamento pátrio	28
1.2.3 Ruptura e crise paradigmática – em busca do atual saber jurídico	31
CAPÍTULO II: A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	34
2.1 A construção da cidadania internacional	34
2.1.1 Crianças e adolescentes cidadãos? – por uma noção adequada de cidadania	34
2.1.2 Classificação como direitos fundamentais supra-estatais	38
2.2 A capacidade processual internacional	40
2.2.1 Direito internacional dos direitos humanos	40
2.2.2 Os direitos da infância e da juventude nos instrumentos internacionais	42

PARTE II: PRISMA DOGMÁTICO ----- 48

**CAPÍTULO III: DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES
E SUA POSITIVAÇÃO NA CARTA DE 1988 -----49**

3.1 O regime constitucional dos direitos da criança e do adolescente ----- 49

3.1.1 Sistema de direitos fundamentais aberto e flexível ----- 49

3.1.2 A superação da dicotomia direitos individuais x direitos sociais -----55

3.1.3 Tomada de posição acerca do art. 227 da Constituição Federal -----59

3.2 O art. 227 como sustentáculo à legislação infraconstitucional -----60

3.2.1 Os direitos fundamentais no Estatuto da Criança e do Adolescente-----63

3.3 Análise sob a égide dos interesses individuais, difusos e coletivos ----- 65

3.3.1 Direitos fundamentais na esfera coletiva ----- 65

3.3.2 A tutela jurisdicional diferenciada -----68

PARTE III: PRISMA SOCIOLÓGICO -----73

**CAPÍTULO IV: O SISTEMA ESTATAL DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE -----74**

4.1 A atual estrutura dos órgãos de proteção -----74

4.1.1 Organograma dos órgãos ----- 74

4.1.2 Políticas de atendimento -----76

4.2 Aspecto quantitativo -----81

4.2.1 Noções conceituais ----- 81

4.2.2 Os diversos direitos fundamentais -----83

**4.3 Aspecto qualitativo - a prioridade absoluta enquanto norma definidora de direitos de
crianças e adolescentes ----- 86**

4.3.1 O princípio da prioridade absoluta - previsão legal ----- 86

4.3.2 O inafastável caráter normativo e principiológico ----- 91

4.3.3 Tendência à “desjuridicização fática”: a situação na realidade periférica -----	92
4.3.4 Abordagem jurisprudencial -----	94
CAPÍTULO V: A REALIDADE EXISTENTE NO MUNICÍPIO DE MACEIÓ -----	99
5.1 Análise dos dados estatísticos -----	99
5.2 Confronto dos dados com outras pesquisas -----	108
CONCLUSÃO -----	110
REFERÊNCIAS -----	118
ANEXO -----	126

INTRODUÇÃO

A colocação das crianças e dos adolescentes no vocabulário dos direitos constitui um fenômeno relativamente recente. Em termos gerais, tal asserção pode reconduzir ao processo mais amplo da especificação dos direitos humanos, cuja manifestação principal teve lugar a partir da segunda metade do século XX no âmbito da normativa internacional. Nesse sentido, a partir do modelo de sujeito único de direito, dominante tanto nas primeiras declarações dos direitos do homem do final do século XVIII, como nos códigos liberais que seguiram, o homem ou cidadão, sem ulteriores qualificações, foi passando a ter relevância em sua condição particular de mulher, criança, desvalido etc. No tocante às crianças, tema do presente estudo, a especificação dos seus direitos corresponde ao fruto do progressivo descobrimento social e cultural da infância e adolescência como fases específicas da existência humana merecedoras de uma especial atenção¹.

De fato, seguindo as linhas de análise sustentadas por Philippe Ariès² e, posteriormente, Jacques Le Goff³, até meados do século XVII inexistia a compreensão do chamado sentimento da infância como hoje é observado. Segundo o primeiro, não se pensava que a criança já contivesse a personalidade de um homem, sendo tal indiferença também consequência inevitável das condições demográficas da época, na qual as crianças morriam em larga escala, precocemente. Para Jacques Le Goff, a denominada Idade Média utilitária não dispunha de tempo para análise das crianças, sendo elas sequer notadas.

Após o século XIX também ser palco do abandono de crianças e de crescente infanticídio, com a questão da criança ilegítima e as rodas dos expostos, no século XX a infância apresenta uma gradativa mudança no seu tratamento e visão pela sociedade, mormente com a queda da taxa de mortalidade.

Foi a partir dos anos sessenta que a invocação dos direitos da criança se incrementa vertiginosamente entre os partidários de uma educação liberal, mas esses direitos da criança e

¹ CORTÉS, Isabel Fanlo. **Derecho de los niños: una contribución teórica**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 07-08.

² ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, trad. Dora Flaksman, 1981, p. 17-31.

³ LE GOFF, Jacques. **A civilização do Ocidente Medieval**. São Paulo: Edusc, 2005.

do adolescente ainda tardariam a ser “levados a sério”⁴. Na realidade brasileira, tal fato se concretizou com o advento da Constituição de 1988.

Assim, o objetivo precípua do trabalho em comento é a análise da proteção constitucional brasileira a esses direitos, valendo-se de uma perspectiva axiológica, dogmática e sociológica. Nesse último aspecto, o estudo refere-se, sobretudo, ao tratamento estatal ofertado à infância e juventude no município de Maceió.

O desiderato da primeira perspectiva *sub examine* é a demonstração da mudança paradigmática ínsita na abordagem do direito da criança e do adolescente, numa análise do ordenamento jurídico brasileiro. Efetivamente, a análise jurídica do tema pode ser estudada sob o prisma da crise paradigmática. De um lado, tem-se o que se convencionou chamar de velho paradigma, representando toda a produção legislativa pertinente à doutrina da situação irregular, que se estendeu de forma hegemônica até a promulgação da Constituição de 1988. E, a partir daí, surge um novo sistema, calcado na participação popular e na mobilização social, acarretando uma verdadeira revolução normativa e conceitual no tratamento da infância e juventude.

É cediço que a teoria dos paradigmas se amolda à questão em análise, pois até o advento da Magna Carta havia uma certeza jurídica baseada no binômio compaixão-repressão da infância desvalida. Posteriormente, sob a égide da doutrina da proteção integral, foi estabelecida a tutela jurisdicional diferenciada do Estado, ensejando uma nova realidade jurídica democrática e emancipadora, em consonância com o Estado Democrático de Direito⁵.

A supracitada ruptura desestabilizou o saber instituído, pois foram alterados os referenciais básicos institucionalizados e arraigados no senso comum da sociedade. No âmbito dessa perspectiva de choque de modelos, será demonstrado o processo de mudança jurídica e social, passando pelo chamado paradigma da ambigüidade⁶, que representa a não aceitação da nova relação democrática, em parte pela diminuição significativa das práticas discricionárias e paternalistas que imperaram no desditoso Código de Menores.

⁴ SÁNCHEZ- PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org.). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 19. O sobredito autor faz uma clara alusão à obra de Ronald Dworkin.

⁵ TERRA, Eugenio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea e a proteção do Estado Democrático de Direito contra o retrocesso social. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS, São Leopoldo, 2001.

⁶ MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

Observa-se que os diversos problemas da infância e juventude no Brasil somente podem ser analisados eficazmente com a superação do pensar jurídico ainda assentado na visão menorista, presente no imaginário social e na ideologia de alguns juristas, no tratar crianças e adolescentes de forma “coisificada”⁷.

Ademais, outro objetivo do presente texto é a análise dos diversos instrumentos convencionais que têm por escopo a proteção da criança e do adolescente no cenário internacional, já que foram inspiradores da nossa Carta Política. Verifica-se que no processo histórico de evolução dos direitos humanos, a área da infância e juventude apresenta uma gradual formação e expansão da declaração de seus direitos, através de vários documentos internacionais.

Assim, será verificada a questão relativa à supra-estatalidade dos direitos fundamentais, mormente da criança e do adolescente, sendo observado seu tratamento na ordem jurídica internacional e ulterior reconhecimento pelo direito interno. Com essa orientação, cumpre salientar que os supracitados direitos impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, correspondendo à prova viva da possibilidade de existência de ideologias distintas em consonância com valores universais⁸, a exemplo da ínculta causa em análise.

Não se pode olvidar que o presente ensaio se fundamenta primacialmente na teoria dos direitos humanos no cenário supra-estatal, uma vez que a maior parte dos direitos de crianças e adolescentes tem origem em convenções internacionais⁹. Nesse aspecto, o direito internacional foi tomado em sua unicidade, a qual explica a consideração não só de declarações internacionais de conteúdo material atinente ao direito internacional público, nomeadamente de direitos humanos, como também a observância das convenções internacionais que se reportam aos temas de direito internacional privado. Com efeito, a proteção da criança no plano internacional influencia diversos temas que eram tradicionalmente tratados tão-somente pelo tema do direito conflitual, sendo demonstrada pela interdependência de ambos os direitos acima descritos.

⁷ A expressão foi utilizada no sentido figurado, referindo-se à consagração de crianças e adolescentes como objetos de direito (e não sujeitos de direito). Não corresponde ao objeto de pesquisa de Émile Durkheim, ao tratar os fatos sociais como coisas. Cf. DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 41.

⁸ SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais**. Revista do Mestrado em Direito da UFAL n.º 1, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez.2005, p. 46.

⁹ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Coleção Qualitas. Série Dissertações. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 03.

Pode-se dizer que a partir da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pela quase totalidade dos países membros, surgiram leis nacionais baseadas na ratificação, sob os auspícios do garantismo. Assim, deparamo-nos com o tratamento interno dado ao tema no Brasil, o qual possui legislação infraconstitucional das mais avançadas na matéria, rompendo com o paradigma anterior assentado na teoria da situação irregular, adotando o disposto nas normas internacionais.

Desta feita, no âmbito brasileiro é importante ressaltar que anteriormente havia uma coerência entre lei e realidade (o malfadado Código de Menores conviveu bem na sua conjuntura, principalmente com o período ditatorial¹⁰), ao passo em que na atualidade há uma lei protetora de direitos, asseguradora da cidadania, mas uma realidade na qual a violação de direitos ainda persiste. Eis o grande desafio brasileiro nessa seara: melhorar a realidade sem piorar a lei¹¹.

Por conseguinte, será analisado o regime constitucional de crianças e adolescentes, primordialmente com a abordagem do art. 227 da Carta Política e sua repercussão na legislação ordinária. É importante registrar que apesar de os direitos da infância e juventude não estarem previstos no rol do art. 5º da Constituição, são irrefutavelmente considerados direitos fundamentais, uma vez que o seu art. 5º, § 2º consagrou o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais, ao asseverar a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Convém mencionar, outrossim, que um estudo acerca dos direitos de crianças e adolescentes não pode prescindir de uma análise do sistema estatal existente, com vistas a assegurar a efetividade do consagrado constitucionalmente. Assim, será dada particular atenção ao sistema existente no município de Maceió, mormente nos mecanismos de proteção especial.

As políticas de atendimento existentes na capital alagoana serão analisadas, principalmente, na esfera das entidades governamentais, consoante exigência dos dispositivos

¹⁰ Cf. MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007. Para Méndez, as décadas nas quais persistiu o paradigma da situação irregular, previsto no Código de Menores, foram permeadas pelo caráter hegemônico. Apesar de o direito de menores não constituir um subproduto das ditaduras militares dos anos 70, ele se adaptou perfeitamente ao seu projeto social, diante da conversão dos cidadãos em súditos. Esse direito, especialmente no seu caráter de eficiente instrumento de controle social, através da criminalização da pobreza, por exemplo, conviveu comodamente com a política de autoritarismo.

¹¹ VOLPI, Mário. Crianças e adolescentes são cidadãos? **Revista Virtual de Direitos Humanos**. Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB n.º. 02, ano 02, março/2002, p. 31-33. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 13 outubro 2007.

previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente a partir de seu art. 86, destacando-se a atuação das delegacias especializadas.

É importante ressaltar que, evidentemente, a simples declaração dos direitos fundamentais na Constituição não significa a conquista e realização da cidadania. É imprescindível a força normativa da Constituição, tal como enunciada por Hesse, que será adiante analisada. A cidadania exige, portanto, concretização das normas fundamentais referentes aos direitos fundamentais¹². E no caso em análise, sobretudo no tocante à situação de Maceió, será evidenciada sua ineficácia. Já se disse que só quando a Constituição é um reflexo da esfera pública, existe e desenvolve-se a cidadania como mecanismo político - jurídico de inclusão social. Havendo bloqueios desse processo de concretização constitucional, os direitos do cidadão permanecem no texto, numa “realidade constitucional”¹³ estranha à cidadania.

Nessa mesma linha de pensamento, já se distinguiu a evolução do *status* jurídico das crianças como um transcurso entre um pretérito imperfeito, um presente contínuo e um futuro indeterminado¹⁴.

Assim, observa-se que, infelizmente, a história sobre a criança na realidade brasileira e, também, na capital alagoana, vem mostrando que existe ainda uma considerável discrepância entre o mundo infantil descrito pela legislação interna, pelas organizações não governamentais e pelas autoridades, daquele no qual a criança encontra-se cotidianamente imersa. Nos dizeres de Mary Del Priore¹⁵, o mundo que a “criança deveria ser ou ter” é distinto daquele onde ela vive, ou, no mais das vezes, sobrevive. Tentar romper com tal assertiva é assumir o regime de co-responsabilidade preconizado na sistemática constitucional acerca dos direitos da criança e do adolescente, numa tentativa de superação da crise de efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo no Brasil. A relevância do estudo em análise exsurge, pois, como indisceptável.

¹² NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 182.

¹³ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 183.

¹⁴ SÁNCHEZ- PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org.). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 18. O autor refere-se a uma evolução dos direitos da criança ainda não acabada.

¹⁵ PRIORE, Mary Del. **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Del Rey, 2004, p. 08.

PARTE I: PRISMA AXIOLÓGICO

PIVETE

Monsieur have money pra mangiare

No sinal fechado
Ele vende chiclete
Capricha na flanela
E se chama Pelé
Pinta na janela
Batalha algum trocado
Aponta um canivete
E até

(...)

No sinal fechado
Ele transa chiclete
E se chama pivete
E pinta na janela
Capricha na flanela
Descola uma bereta
Batalha na sarjeta
E tem as pernas tortas
(CHICO BUARQUE DE HOLANDA)¹⁶

¹⁶ HOLANDA, Chico Buarque; HIME, Francis. Pivete. In: HOLANDA, Chico Buarque. Paratodos. São Paulo: BMG Ariola, 1993. A canção Pivete retrata a infância na globalização pós-moderna, quando os chamados “menores” ou “pivetes” pedem esmola em diferentes línguas, passando pela prática de infrações, com as quais compram os sonhos com seus ídolos. A mudança de paradigmas, *in casu*, foi responsável pela alteração terminológica; a realidade, porém, continua a mesma.

CAPÍTULO PRIMEIRO

O VELHO E O NOVO PARADIGMA NO ÂMBITO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Sumário: 1.1 Direitos da criança e do adolescente e Estado Democrático de Direito. 1.1.1 Estado Democrático de Direito e emergência histórica dos direitos fundamentais. 1.1.2 Infância e legalidade democrática. 1.1.3 O Direito e a necessária luta por direitos. 1.2 A trajetória do regime jurídico da infância e juventude 1.2.1 Crianças x estatísticas. 1.2.2 O antigo paradigma – uma evolução legislativa no ordenamento pátrio. 1.2.3 Ruptura e crise paradigmática – em busca do atual saber jurídico.

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior (JÜRGEN HABERMAS)¹⁷.

1.1 DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E EMERGÊNCIA HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É imperioso ressaltar, inicialmente, que as noções evidenciadas neste trabalho partem do pressuposto de que Estado Democrático de Direito traduz a confluência de Estado de direito e Democracia. Se, historicamente, despontaram segundo influências e em conjunturas diversas, hodiernamente uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de direito, primacialmente sob os aspectos de funcionalidade jurídica e respeito aos direitos de todos os indivíduos¹⁸.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 181.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 210.

Sabe-se que no Estado Democrático de Direito a lei possui uma função transformadora, pois é da essência a sua instrumentalização para tornar uma sociedade justa e solidária, na qual a promoção da dignidade da pessoa humana seja a razão da própria existência do Estado. Com esse propósito, surge como indisceptável a colocação dos princípios e direitos fundamentais, destacando-se, como ponto focal no presente estudo, os direitos de crianças e adolescentes, como conformadores do Estado Democrático de Direito, o qual pode ser considerado um meio garantidor.

Destarte, para compreender sua atual visão, sabendo que ele decorre de um processo evolutivo, é necessário fazer uma célere digressão no tocante ao seu surgimento.

Remontando à origem do Estado Moderno, observa-se a presença de um poder soberano incontestável, apresentando-se com uma base dúplice: o Estado Absolutista, no qual o rei encarnava o próprio Estado, e o Estado Liberal, oriundo das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, favorecendo o desenvolvimento da economia capitalista. Funda-se o Estado Liberal, principalmente, na liberdade individual e na limitação da intervenção estatal, estando clara uma não intervenção nos domínios econômico e social, tidos como estritamente privados¹⁹. Observado sob o prisma da criação de direitos, corresponde a uma tentativa de contenção do poder dos monarcas, em decorrência do fortalecimento da burguesia ascendente, gerando direitos individuais, destacando-se os direitos fundamentais de primeira dimensão²⁰.

Lourival Vilanova²¹ sustentou que no Estado liberal, que podia ser monárquico ou republicano, o povo não era órgão, mas tão somente objeto ou sujeito na relação de súdito, numa relação intersubjetiva. No entanto, a democracia acrescentou a esse Estado liberal a posição de sujeito portador de direitos subjetivos públicos, numa dupla relação.

¹⁹ TERRA, Eugenio Couto. A idade penal mínima como cláusula pétrea e a proteção do Estado Democrático de Direito contra o retrocesso social. 196f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS, São Leopoldo, 2001.

²⁰ Aqui será utilizada a expressão dimensão, preferível à geração, no tocante aos direitos fundamentais, já que a utilização dessa última pode dar a idéia de uma substituição gradativa de uma geração por outra. De fato, o reconhecimento de novos direitos fundamentais tem o caráter de complementaridade, demonstrando a imprecisão terminológica do uso das chamadas gerações. Convém salientar, todavia, que recentes estudos têm contrariado a questão das dimensões, em face de os direitos fundamentais estarem em contínuo processo de transformação, sob o amparo de diversas posições jurídicas e diferentes conjunturas sociais e econômicas. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53-54.

²¹ VILANOVA, Lourival. A crise de Estado sob o ponto de vista da teoria do Estado. In: ADEODATO, João Maurício (Org). **Jhering e o Direito no Brasil: Seminário nacional em comemoração ao centenário de seu falecimento**. Recife: Editora Universitária, 1996, p. 149-150.

Posteriormente, no Estado Social de Direito, além das garantias individuais, presentes no ideário liberal, foi incorporada a questão social, passando o Estado a atuar através de uma prestação positiva. Seu desenvolvimento ocorreu sob a égide da Revolução Industrial, uma vez que a transformação social gerada pela mudança dos métodos de produção acabou obrigando a intervenção estatal, trazendo, por conseguinte, os direitos de segunda dimensão.

Já se disse que o cerne do Estado Social e dos direitos de sua ordem jurídica corresponde ao princípio da igualdade²². Ele representa a terceira revolução, a qual irrompeu silenciosa na segunda metade do século XX, utilizando meios pacíficos e persuasivos de captação de consenso com o escopo de efetivar uma mudança substancial de valores e princípios. Assim, a chamada revolução do Estado Social é uma revolução pluralística e democrática, inspirada menos na referência indivíduo do que no valor pessoa humana, enquanto princípio cuja inserção não se pode separar do grupo ou da categoria coletiva, sobretudo ligado à isonomia.

Partindo de uma reflexão acerca da importância de tal princípio como critério de organização do Estado-nação, Hannah Arendt extrai a conclusão básica dos direitos humanos, ao afirmar não ser verdade que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos; eles tornam-se iguais como membros de uma coletividade em face de uma decisão conjunta garantidora de direitos iguais²³. A sobredita reflexão arendtiana sobre a cidadania corresponde, em última análise, ao direito a ter direitos.

No entanto, é manifesta a crise de efetividade existente no tocante aos direitos fundamentais, mormente os de segunda e, após, os de terceira dimensão, como alguns aspectos dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Hobsbawn²⁴ já vislumbrava boa parte dos problemas, ao observar que nas décadas de 1970 e 1980 a grande questão política do mundo desenvolvido e de alguns países pobres em desenvolvimento não era como multiplicar a riqueza das nações, mas como distribuí-la em benefício de seus habitantes. E a questão da má distribuição indiscutivelmente contribui para a problemática da efetividade.

Em um estado de bem estar social, o objetivo é que ninguém fique abaixo de um padrão decente de vida. Porém, o sistema pode permitir grandes desigualdades hereditárias de

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 376.

²³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 150 -165.

²⁴ HOBBSAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo: 1995, p. 555.

riqueza que são incompatíveis com o valor equitativo das liberdades políticas, sendo, nesse aspecto, insuficiente ou ainda ineficaz²⁵.

É importante ressaltar que o caminho ao Estado Democrático de Direito não representa uma revolução na estrutura social nem tampouco uma ruptura com outro modelo de Estado, mas a incorporação de novas perspectivas ao Estado Social de Direito. Desta feita, pode-se dizer que o Estado tem agora por escopo também a promoção da solidariedade, sem afastar-se das garantias liberais e da exigência de prestação positiva do Estado. Busca-se, ademais, através do ordenamento jurídico e democrático, a satisfação das condições mínimas de vida do indivíduo, sobretudo da infância e juventude, devido à sua condição peculiar de seres ainda em fase de desenvolvimento. Mas resulta evidente que tal finalidade não ocorrerá de forma instantânea, precisando da conscientização acerca dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, sob pena de sua utilização como meio de manutenção de estruturas e relações sociais arraigadas. Isso pode ocorrer através da proeminência do discurso jurídico desconforme à realidade.

Não se pode olvidar que a concretização desse Estado é a oportunidade de alcançar a modernidade prometida e ainda incipiente no Brasil, funcionando como agente transformador da integração social dos excluídos. Mais uma vez, estão nesse rol as crianças e adolescentes, verdadeiros excluídos da história, principalmente de políticas públicas. E são essas minorias²⁶ que necessitam da proteção de seus direitos, sendo tal princípio contramajoritário um dos pilares da proteção dos direitos humanos²⁷.

O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social, sendo um *plus* normativo em relação a esse²⁸. Registre-se que os direitos coletivos ou transindividuais surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência.

De fato, nesse processo que representa, ademais, a asserção histórica dos direitos fundamentais, destacam-se os direitos de terceira dimensão. Sua titularidade recai não no indivíduo na sua singularidade, mas em grupos humanos, a exemplo do tema em análise. Eles

²⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes: 2000, p. 241-249.

²⁶ Convém ressaltar que a noção de minoria não se refere propriamente ao aspecto quantitativo, mas sim à possibilidade de reclamação, recepção e fruição de políticas públicas.

²⁷ RAMOS, André de Carvalho. Defesa do regime democrático e a dissolução dos partidos políticos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Org). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 157-167.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 18.

não têm como objeto o interesse individual ou de determinado Estado, mas do próprio gênero humano²⁹, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Convém encetar alguns comentários acerca desses direitos coletivos. Eles estão entre o interesse público e o privado, compartilhado por grupos, classes ou categorias de pessoas, correspondendo a uma manifestação da existência ou da expansão das necessidades coletivas individualmente sentidas, traduzindo-se num entrosamento de Estado e sociedade³⁰.

Assim, na atual conjuntura constitucional os interesses difusos oferecem uma impressão de volatilidade e de cruzamento de linhas de força insusceptíveis de se reduzirem a esquemas unilaterais³¹, consoante será aprofundado posteriormente.

Pelo exposto, observa-se que na realidade os direitos de terceira dimensão correspondem a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados à idéia da proteção da vida³². Foi assim com a nossa Carta Constitucional, com o asseguramento à criança e ao adolescente do direito à dignidade.

Por tudo isso, o valor da dignidade da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais³³, destacando-se, como cerne do presente estudo, os direitos de crianças e adolescentes. É por isso que a análise da ruptura e crise paradigmática dessa questão passa por uma compreensão da emergência histórica dos direitos fundamentais.

1.1.2 INFÂNCIA E LEGALIDADE DEMOCRÁTICA

Convém ressaltar, à guisa de intróito, que os direitos fundamentais em geral delimitam previamente a esfera do que se pode decidir em forma democrática. Por isso, as várias classes de direitos fundamentais podem ser vistas como limites externos à própria democracia³⁴.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 569.

³⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 68-69.

³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV. Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 70.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 58.

³³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 118.

³⁴ BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. **Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del derecho**. Alicante, n. 16, abril, 2002, p. 21-38.

É indiscutível a íntima conexão entre o tema da infância e os problemas da democracia. Na realidade brasileira, no marco do processo popular de construção da atual Carta Política, que indica com clareza o fim de um quarto de século de autoritarismo militar, o embrionário movimento de luta pelos direitos da criança e do adolescente se articulou em torno da preparação de diversas propostas³⁵. Como resultado, observa-se o desenvolvimento de um novo tipo de política social para a infância: a política social pública, consoante se infere dos arts. 227 e 204 da Constituição Federal.

A nova relação infância - lei implica uma reavaliação crítica do sentido e natureza do vínculo entre a condição jurídica e material da infância. Mas é importante registrar que as transformações da segunda etapa de reformas legislativas (a partir da década de 90) não se referem apenas à mudança profunda e substancial dos conteúdos da lei. Trata-se, ademais, de mudança nos mecanismos de produção do direito, correspondendo a uma nova visão, consubstanciada na doutrina da proteção integral, em oposição à visão reducionista daqueles que se encontram em situação irregular. A partir dessa experiência, as demais reformas legislativas deixaram de ser apenas reuniões de “expertos” que trabalham nos porões dos Ministérios da Justiça, para se converterem em imensos laboratórios político-sociais de produção jurídica democrática³⁶. Foram juristas com sensibilidade educativa e educadores com sensibilidade jurídica que instalaram um tipo heterodoxo de luta pelos direitos.

Não obstante, vários nostálgicos defensores da (des)ordem jurídica anterior não aceitaram tal mudança³⁷, preferindo a doutrina da situação irregular, muitos em face da diminuição do poder discricionário, pautado na visão antigarantista, que antes era concedido ao Juiz de menores. Aliás, hodiernamente ainda se observam entendimentos dessa forma, como a recente intenção em reduzir a idade penal mínima, verdadeiro exemplo de retrocesso social.

Sabendo-se que as bases da cidadania e da democracia se encontram em profundo processo de reforma, a categoria da infância está longe de ser uma exceção. A Convenção sobre os direitos da criança, aprovada em 1989, inspiradora de nossa Constituição no tema³⁸, não é apenas a Carta Magna dos direitos fundamentais da infância e adolescência, mas a base

³⁵ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

³⁶ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

³⁷ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

³⁸ Apesar de constar em data posterior ao advento da Constituição Federal, os preceitos da sobredita Convenção, já amplamente discutidos na esfera internacional, influenciaram o enunciado no art. 227.

jurídica concreta para reformular o conceito de cidadania em consonância com o mundo globalizado da pós-modernidade. Apesar de as leis não serem suficientes para uma mudança profunda nas condições materiais da infância, elas têm sido condição *sine qua non* da melhoria da situação de crianças e adolescentes e, sobretudo, da qualidade de nossa vida democrática³⁹.

Assim, qualquer redução de seu conceito, em especial o aumento do nível de discricionariedade, resulta numa evidente diminuição dos espaços reais da democracia.

Convém ressaltar que essa democracia pode ser entendida em uma dupla dimensão social e institucional, conforme se considerem os representantes da sociedade civil e as instituições do Estado e da comunidade internacional⁴⁰. Mas seja qual for sua análise, a democracia nessa seara não pode prescindir do reconhecimento normativo e da real proteção dos direitos infanto-juvenis, correspondendo ao seu verdadeiro norte. Alessandro Baratta⁴¹ vislumbrou tal importância, ao asseverar que o futuro da democracia está primordialmente vinculado ao reconhecimento das crianças e adolescentes como cidadãos no sentido amplo da palavra, e não apenas como cidadãos futuros, consoante será analisado posteriormente.

1.1.3 O DIREITO E A NECESSÁRIA LUTA POR DIREITOS

No pós-guerra, a partir da década de 60, em decorrência das alterações políticas e ideológicas, houve uma preocupação e ulterior estudo jurídico no tocante às sociedades que a partir de então foram designadas como subdesenvolvidas⁴². Com o Brasil não foi diferente, por constituir um país periférico, o qual, a partir da época salientada, foi alvo de grave processo ditatorial. Destarte, com o advento da chamada Constituição cidadã, foram inseridas em seu bojo normas principiológicas, com o objetivo de equilibrar o subdesenvolvimento com

³⁹ MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁴⁰ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org). **Infancia, Ley y Democracia en América Latina**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998.

⁴¹ BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org). **Infancia, Ley y Democracia en América Latina**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1998. Em tal afirmação, Alessandro Baratta fez uso do título da conhecida obra de Norberto Bobbio.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 64-65.

metas desenvolvimentistas ministradas pelo Estado. Porém, ainda questiona-se que tipo de direito é produzido nessas sociedades.⁴³

É cediço que o direito compõe um fenômeno normativo que integra um campo de lutas. Neste âmbito, a luta pelo direito novo, antes de constituir mera luta política, passa, igualmente, a constituir luta jurídica, travada no interior do espaço normativo estatal⁴⁴. O compromisso com a manutenção e plena efetividade dos direitos de crianças e adolescentes representa, dessa forma, o método mais legítimo e acertado para a progressiva mudança libertária da ordem jurídica brasileira no aspecto em análise.

De fato, tais direitos são frutos de reiteradas lutas advindas de segmentos nacionais e internacionais, pré-Constituição de 1988, com o escopo de modificar o paradigma mantenedor da malfazeja discricionariedade inerente à doutrina da situação irregular.

Indubitavelmente, as mudanças são necessárias, visto não serem as leis imutáveis. As mudanças precisam ser efetuadas consoante uma *rationale* dominante, que não será a manifestação de um *corpus* de idéias falsas encarregadas de legitimar determinado processo, mas a substância material de uma realidade imaginária que irá constituí-lo⁴⁵.

Em sendo as leis materializações específicas das relações de poder, o direito, além de representar mediação única, constitui um campo de lutas, que não exclui as minorias. As lutas agem moldando e transformando o direito. Os direitos da infância e juventude representam claro exemplo, sabendo-se que tal classe sempre foi historicamente olvidada pelo poder público, tornando vital a luta em prol da necessária mudança.

Assim, o que se busca é articular o direito com as lutas travadas em sociedade, em todos os níveis, reconhecendo sua ligação com o Estado. Isso não significa cair no imobilismo, mas, ao contrário, integrar o saber ao processo histórico, aceitando ser a teoria inócua quando distanciada da práxis. O atual saber jurídico implica na verificação do direito enquanto localizado espaço-temporalmente, significando compreender a sua flutuação histórica e a possibilidade de sofrer mutações⁴⁶.

⁴³ GURGEL, Maria da Graça Marques. Crise legitimatória da efetividade: alguns debates sobre o pensar jurídico do Judiciário brasileiro. **Revista da ESMAL – Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas** n.º 03. Maceió: Publicação oficial, 2003, p. 115-138.

⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 19-20.

⁴⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 112.

⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 172.

Nessa linha de pensamento, os direitos humanos já foram entendidos como um instrumento de luta ligado à política de invenção democrática, representando um processo contínuo de aprofundamento da democracia, no sentido de consolidar a defesa dos direitos positivados ao lado da reivindicação incessante de novos direitos. A sociedade democrática é aquela que não apenas garante os direitos individuais e coletivos historicamente conquistados, mas também os promove. Não se pode permitir que a luta cotidiana para os juristas seja uma luta muda, multiforme, insignificante, desjuridicizada e distante da realidade do direito⁴⁷. E essa luta em conformidade com a atual conjuntura, indispensável ao verdadeiro conceito de direito, deve estar presente nos direitos infanto-juvenis, com o desiderato de dar efetividade, a fim de que eles não se tornem apenas declarações solenes e alvo de constantes violações, como tantas outras existentes em nosso ordenamento pátrio. Eis o verdadeiro direito a ser produzido, principalmente em nossa nação periférica, em decorrência dos evidentes desacertos históricos na área da infância e adolescência.

Por tudo isso, é imprescindível a continuidade da luta em defesa dos direitos de crianças e adolescentes, sem, porém, cair na retórica dos direitos, paralela à retórica da democracia. Assim como na atualidade todos os Estados se declaram democráticos, todos os governos dos Estados e os organismos internacionais asseguram que sua atuação respeita, genericamente, os direitos humanos⁴⁸, assim como os direitos infanto-juvenis.

1.2 A TRAJETÓRIA DO REGIME JURÍDICO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

1.2.1 CRIANÇAS X ESTATÍSTICAS

Convém ressaltar que o atual entendimento da infância, correspondente a uma fase de formação do ser humano merecedora de um tratamento especial e diferenciado, é algo relativamente novo na história do mundo ocidental. Seguindo essa linha de análise, cumpre registrar a tese sustentada por Philippe Ariès⁴⁹, consoante a qual até meados do século XVII

⁴⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo**, São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 173.

⁴⁸ VITALE, Ermanno. Reflexiones sobre el paradigma de los derechos fundamentales. **Isonomia – Revista de Teoría y Filosofía del derecho**. Alicante, n. 16, abril, 2002, p. 39-52.

⁴⁹ ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, trad. Dora Flaksman, 1981, p. 17-31.

inexistia a compreensão do chamado sentimento da infância como hoje é observado. Segundo o historiador francês, não se pensava que a criança já contivesse a personalidade de um homem, sendo tal indiferença também consequência inevitável das condições demográficas da época, na qual as crianças morriam em larga escala, precocemente. Após a superação da fase estritamente inicial, referente à absoluta dependência física, a criança adentrava de imediato no mundo adulto, participando de jogos, conversas, atuações laborais, enfim, de todas as atividades pertinentes àquele.

Importa consignar que na sociedade medieval, tomada como ponto de partida pelo sobredito historiador francês, a ausência de sentimento da infância, no entanto, não significava que as crianças fossem negligenciadas ou abandonadas, mas sim que inexistia a consciência da particularidade infantil.

Jacques Le Goff⁵⁰ já sustentou que a chamada Idade Média utilitária não dispunha de tempo para admiração ou mesmo compaixão pelas crianças, de modo que sequer as observava ou notava.

Apenas a partir do século XVII inicia-se verdadeiramente um processo de mudança da situação da criança, ingressando, assim, a escola como substitutivo de aprendizagem. Logo após a atribuição da tarefa de educação dada à instituição de ensino, houve a busca da preservação da vida infantil, e, como sucedâneo, a sua efetiva separação com o mundo adulto.

Com essa linha de pensamento, já se disse que a concepção de criança que se manteve durante todo o período de tempo que vai desde a Antiguidade até o século XVII é a sua consideração como ser humano imperfeito, em comparação com o adulto, tido como ser humano perfeito⁵¹. Na compreensão desse período, os atributos próprios da criança são reputados como negativos⁵², diante da ausência das qualidades dos maiores.

O estudo das representações ou das práticas infantis é considerado tão importante que a historiografia internacional já acumulou consideráveis informações sobre a criança e seu passado. Destarte, apesar da grande contribuição sobre o tema, não faltaram críticas ao

⁵⁰ LE GOFF, Jacques. **A civilização do Ocidente Medieval**. São Paulo: Edusc, 2005.

⁵¹ CERVERA, Ignacio Campoy. **La fundamentación de los derechos de los niños: modelos de reconocimiento y protección**. Madrid: Dykinson, 2006, p. 45.

⁵² São destacadas como qualidades negativas da criança a debilidade física, a incapacidade mental e moral. Seguindo essa linha de pensamento, registra-se a observância da concepção infantil como um ser imperfeito e definido principalmente por características negativas no período supracitado, ressaltando-se a visão negativa de Aristotéles, Platão e Plutarco.

estudo de Philippe Ariès, sobretudo quanto à percepção de certo “evolucionismo” na condição histórica da criança⁵³.

No Brasil, a história da infância reflete períodos de instabilidade e mobilidade populacional, mormente nos primeiros séculos de colonização. Além da grave mortalidade infantil, revestida com os argumentos da inevitabilidade, a criança, quando sobrevivia, passava na sua formação social mais pela violência que propriamente pela educação e pelo livro⁵⁴. Mais dura era a realidade da infância negra, representada pelo moleque companheiro de brinquedo do menino branco e seu leva-pancadas, citado por Gilberto Freire⁵⁵. O menino branco e o escravo cresciam juntos, tornando-se esse último um objeto sobre o qual o menino exercia os seus caprichos. A própria aceitação dos pais fomentou o intolerável despotismo dos filhos.

Destarte, na infância em geral, com maior ou menor intensidade dependendo da posição social ocupada pelos pais, havia, de fato, uma cadeia de infortúnios, diante da qual ser criança correspondia a não ter credenciais sociais próprias, não havendo outro caminho se sobrevivesse, além de tornar-se um homúnculo⁵⁶.

No século XIX, o abandono de crianças e o infanticídio foram práticas encontradas entre índios, brancos e negros em determinadas circunstâncias, distantes da questão da concentração devastadora nas cidades, da perversa distribuição de bens e serviços entre camadas sociais.

Ademais, ressalta-se a questão da criança ilegítima, a qual, na então sociedade patriarcal brasileira, ocasionava um grave problema social para as famílias nobres e principalmente para a mulher branca. Pode-se dizer que se nas civilizações primitivas a

⁵³ Dentre os contrapontos acerca de tais afirmações, já se disse ser indevidamente simplista polarizar as civilizações segundo os parâmetros de ausência ou presença de uma consciência acerca da infância. Na realidade, diz-se que no medievo verossimilmente havia algum conceito de infância, mas, como é óbvio, com particularidades diversas das atuais. Registre-se, ademais, informação de que a história da infância, longe de assumir uma postura linear, pode apresentar-se como cíclica, sinuosa, com o passar dos séculos, podendo a criança ser considerada tão impura na Alta Idade Média quanto em meados do século XX. Cf. HEYWOOD, Colin. **Uma história da infância: da Idade Média à época contemporânea no Ocidente**. Trad. Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2004.

⁵⁴ PRIORE, Mary Del. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a colônia e o império. In: PRIORE, Mary Del (Org.). **História das crianças no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 84 -106.

⁵⁵ FREYRE, Gilberto. **Casa - grande & senzala**. 45 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 391.

⁵⁶ FREITAS, Marcos Cezar. História da infância no pensamento social brasileiro. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **História social da infância no Brasil**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 251-268. Importante ressaltar que a definição de homúnculo foi fundamentada em uma teoria pregadora de que a criança não possuía individualidade e vontade, sendo sua única razão existir e esperar crescer. Posteriormente, vários estudiosos, destacando-se Piaget, refutaram tal teoria.

rejeição era solucionada com a prática de infanticídio, na conjuntura urbana da época a questão era resolvida com o abandono em instituições de caridade⁵⁷.

Nesse aspecto, podem ser registradas, ainda, as chamadas rodas de expostos, existentes em algumas de nossas capitais, inventadas nos países europeus com o objetivo de salvaguardar crianças abandonadas, provocando uma mortalidade infantil agora registrada e verificável⁵⁸.

ESTATÍSTICA

As crianças,
sem um tiro aliás,
e isso é que tornava o caso ainda mais espantoso,
morriam mais do que índios nos filmes norte-americanos,
E quando a gente acaso perguntava,
para se mostrar atencioso:
“Quantos filhos a senhora tem, Comadre?”
A comadre respondia, com ternura:
“Eu tenho quatro filhos e nove anjinhos...”⁵⁹

Mas foi no século XX que a infância apresentou uma gradativa mudança no seu tratamento e visão pela sociedade. Nos então chamados países de terceiro mundo, como o nosso, houve uma explosão demográfica, causando séria preocupação internacional no fim da Era de Ouro⁶⁰, representando uma mudança significativa no século XX. A queda da taxa de mortalidade a partir da década de 1940 contribuiu para tal fato, e, em meados da década de 1960, a população rural latino-americana, inclusive a brasileira, começou a ver sistematicamente a modernidade mais como uma promessa que como uma ameaça⁶¹. Não foi diferente no Brasil. Já o estado de Alagoas, apesar de melhorias significativas nesse setor de mortalidade, foi apontado durante significativo lapso temporal, como o estado campeão de mortalidade infantil, desnutrição e analfabetismo⁶².

⁵⁷ SAETA, Beatriz Regina Pereira; SOUZA NETO; João Clemente. A criança e o adolescente na sociedade brasileira. In: SOUZA NETO, João Clemente (Org). **Infância: violência, instituições e políticas públicas**. São Paulo: Expressão e Arte, 2006, p. 20.

⁵⁸ LEITE, Miriam L. Moreira. A infância no século XIX segundo memórias e livros de viagem. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **História social da infância no Brasil**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 19-52.

⁵⁹ QUINTANA, Mário. **Quintana de Bolso. Rua dos Cataventos & outros poemas**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2006, p. 144.

⁶⁰ HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo, 1995, p. 338.

⁶¹ HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo, 1995, p. 347.

⁶² Segundo o Censo de 2000, realizado pelo IBGE, de cada mil crianças nascidas vias, 62 morriam antes de completar um ano; e 13,5% das crianças com menos de cinco anos apresentavam graus diferentes de desnutrição.

1.2.2 O ANTIGO PARADIGMA – UMA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO ORDENAMENTO PÁTRIO

Sabe-se que num estudo acerca da infância, a própria etimologia da palavra remonta à idéia de ausência de fala. Não se estranha, portanto, que esse silêncio ínsito na noção de infância continue marcando-a quando ela se transforma em matéria de legislação. Por não falar, ela não representa a primeira pessoa nos discursos que dela se ocupam, passando a ser definida de fora. Destarte, não apenas crianças, mas mulheres, negros, índios e alguns outros segmentos da humanidade foram ou continuam sendo apenas outros no discurso que os define. Somente através de lutas há a possibilidade de mudança de suas posições no discurso, passando, assim, de objetos a sujeitos⁶³, consoante anteriormente enunciado. Foi exatamente essa experiência que ocorreu no âmbito de nossa infância e adolescência, após a superação do paradigma da situação irregular, consagrado em toda a legislação menorista anterior ao advento da atual Carta Política.

De fato, a visão do Código de Menores, efetivada sob os ideários europeus, reproduzida no Brasil e nos demais países da América Latina, levou a sociedade e as autoridades a verem crianças e adolescentes como incapazes. Essa tradição do passado, representada na antiga legislação, a qual, por motivos óbvios, não se quer mais para o futuro, tratava crianças a partir de uma eterna negação, ou seja, não eram capazes nem tampouco tinham sentido ético de vida⁶⁴.

No Brasil, a legislação dos anos 20 até antes do advento da Constituição de 1988 foi palco da supracitada negação. Podem ser destacados os dois Códigos de Menores de 1927 e de 1979, além de inúmeras leis esparsas, como a responsável pela criação da Política Nacional do Bem-Estar do menor⁶⁵, de 1964, tendo sido mola propulsora do advento das FEBEMs, nos anos 70.

No período sob a égide do primeiro código, a ação estatal ocorria através da intervenção judicial de crianças ou adolescentes infratores ou mesmo abandonados, sempre

Cf. LIMA, Samarone. **A vitória da vida: redução da mortalidade infantil em Alagoas**. Unicef, 2005, Coleção Faz e Conta, vol. II, 100 p.

⁶³ LAJOLO, Marisa. Infância de papel e tinta. In: FREITAS, Marcos Cezar de (Org). **História social da infância no Brasil**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 229-250.

⁶⁴ MORAES, Edson Seda. El nuevo paradigma de la niña el niño en América Latina. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: www.unicef.org.co/Ley/5.htm. Acesso em: 02 maio 2007.

⁶⁵ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A participação da sociedade na implementação de um novo paradigma de direitos da infância: a experiência brasileira 1985-2005. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre, nº 2, 2006, p. 241-253.

em observância ao conceito de situação irregular, mas sob o manto de uma falaciosa proteção, acarretando o internamento em estabelecimentos ditos educacionais. Tais medidas cresceram em meados da década de 60, em face do crescimento dos grandes centros urbanos acarretado pelo êxodo rural. Dessa forma, diante das precárias condições ofertadas pelas instituições estatais, houve sinais claros da falência do sistema, tendo sido feita uma tentativa de reorganização através da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, com o objetivo de proporcionar um caráter mais técnico à intervenção, porém também sem lograr êxito⁶⁶.

Em 1975 foi realizada a CPI do Menor, com o desiderato de analisar a situação do menor, e, posteriormente, em 1979, foi aprovado um novo Código de Menores (Lei nº 6.697 de 10/10/1979). Houve a substituição de termos inadequados, como transviados e vagabundos. Porém, continuou a problemática da situação de abandono e pobreza da infância e juventude, ainda regida pela doutrina da situação irregular, fundamentada no arbítrio e subjetivismo do Juiz. O eufemismo encobria a ausência de contraditório e ampla defesa.

De fato, não raramente crianças abandonadas e infratoras foram confundidas sob o nome de menor, o qual nunca designava os filhos das famílias de boa situação econômica, tendo conotação claramente negativa.

Assim, as décadas nas quais persistiu o paradigma da situação irregular foram permeadas pelo caráter hegemônico. Apesar de o direito de menores não constituir um subproduto das ditaduras militares dos anos 70, ele se adaptou perfeitamente ao seu projeto social, diante da conversão dos cidadãos em súditos. Esse direito, especialmente no seu caráter de eficiente instrumento de controle social, através da criminalização da pobreza, por exemplo, conviveu comodamente com a política de autoritarismo⁶⁷.

Após a tomada do poder pelas Forças Armadas, em 1964, e as pequenas tentativas de guerrilha, o regime começou a relaxar, devolvendo o país a um governo civil em 1985⁶⁸.

Finalmente, após o término do regime ditatorial, o qual acatou completamente esse paradigma, foi criada a Comissão Criança e Constituinte, em 1986, por sugestão do UNICEF.

⁶⁶ GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. A participação da sociedade na implementação de um novo paradigma de direitos da infância: a experiência brasileira 1985-2005. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêuticas: Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre, nº 2, 2006, p. 241-253.

⁶⁷ MÉNDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁶⁸ HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos. O breve século XX. 1914-1991**. Trad. Marcos Santarrita. Companhia das letras: São Paulo, 1995, p. 429.

Na ocasião, houve a participação de vários ministérios e entidades não-governamentais, ressaltando-se OAB, CNBB e Federação Nacional dos Jornalistas.

Diante do narrado, observa-se que antes do advento da Constituição de 1988, as crianças e os adolescentes eram vistos apenas como objetos de direito, havendo clara dicotomia entre duas infâncias: a regular, com asseguaração de direitos, e a irregular, acarretando o conceito de criança corrompida, e, mais tarde, criança desvalida. Dito de outra forma, quando a sociedade passa a se sentir acuada pela violência advinda de crianças e adolescentes marginalizados, tende a aceitar a sua segregação.

O soneto de Amélia Rodrigues reflete esse temor da sociedade com os então denominados menores:

O vagabundo

O dia inteiro pelas ruas anda
Enxovalhado, roto indiferente:
Mãos aos bolsos, olhar impertinente,
Um machucado chapeuzinho a banda.

Cigarro à boca, modos de quem manda,
Um dandy de misérias alegremente,
A procurar ocasião somente
Em que as tendências bélicas expanda.

E tem doze anos só! Uma corola
De flor mal desabrochada! Ao desditoso
Quem faz a grande, e peregrina esmola.

De arrancá-lo a esse trilho perigoso,
De atirá-lo p'ra os bancos de uma escola?!
Do vagabundo faz-se o criminoso!...⁶⁹

Refutando tal pensamento, a Constituição traz em seu bojo a doutrina da proteção integral, com espeque no art. 227, rompendo definitivamente com o anteriormente preconizado, inserindo a tutela jurisdicional diferenciada. Crianças e adolescentes foram alçados à condição de protagonistas dos seus próprios direitos, sob o manto de uma estrutura de proteção especial⁷⁰, que será analisada no momento oportuno, com o desiderato de evitar a construção social que separou os “menores” das crianças.

⁶⁹ RODRIGUES, Amélia. O Vagabundo. Extraído do Álbum das Meninas, revista literária dedicada a jovens leitoras, que circulou em São Paulo no ano de 1898.

⁷⁰ CUENO, Mônica Rodrigues. Novos olhares, novos rumos: a proteção integral e a prioridade absoluta do Estatuto da Criança e do Adolescente e o papel do Ministério Público diante dos novos paradigmas. **Juizado da Infância e da Juventude**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ano II, nº 03 e 04. Porto Alegre, jul./nov. 2004.

Na década de 90, com o escopo de cumprir com os compromissos assumidos e firmados na Convenção sobre os Direitos da Criança, alguns países formularam leis prevendo crianças como sujeitos sociais, éticos e jurídicos, a exemplo do Brasil, com a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). No novo paradigma instalado, crianças e adolescentes são vistos como cidadãos. Essa nova mudança acarreta uma alteração na análise acerca da condição de cidadania, pois a democracia deixa de ser mero processo de representação do povo (democracia representativa), tornando-se um duplo processo de representação e participação (democracia participativa). De fato, a dimensão social da cidadania prevê canais de participação, como comitês, associações e organizações não-governamentais. Assim, quanto mais pessoas existam para corrigir violações dos direitos da cidadania, tanto mais se alcança a sobredita dimensão, criando-se um processo alterativo⁷¹, que corresponde ao processo no qual os cidadãos alteram seus hábitos, usos e tradições, principalmente jurídicas, no seio da comunidade. A regra fundamental é manter a tradição que garante ou alterar a tradição que viola direitos.

Convém ressaltar a existência de três sistemas de garantias no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente: sistema primário, tendo como foco a universalidade da população infanto-juvenil, ausentes quaisquer distinções; sistema secundário, pautado na criança e no adolescente enquanto vitimizados e vulnerados em seus direitos fundamentais; sistema terciário, tendo por objeto o adolescente em conflito com a lei⁷².

A óptica, dentro desse novo modelo implantado pela Constituição Federal e ratificado posteriormente na legislação infraconstitucional, é a de exigir que o Estado cumpra com sua obrigação de garantir um desenvolvimento sadio à infância e adolescência, buscando seu efetivo cumprimento. Não é demais ressaltar que a responsabilidade no âmbito da proteção dos direitos assegurados aos adolescentes é tríplice, do Estado, da família e da sociedade.

⁷¹ MORAES, Edson Seda. El nuevo paradigma de la niñā el ninō en América Latina. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁷² SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil – Adolescente e ato infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

1.2.3. RUPTURA E CRISE PARADIGMÁTICA – EM BUSCA DO ATUAL SABER JURÍDICO

Pelo exposto, sabendo-se que o assunto relacionado à infância e juventude passou por profundas alterações, pode-se dizer que houve uma crise paradigmática, entre de um lado o arcaico paradigma, representando a produção legislativa e doutrinária pertinente à questão do menor, e de outro lado toda a revolução normativa e conceitual dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

De fato, desde a vigência da Constituição Federal, toda a legislação menorista que contrariava os princípios constitucionais fixados para a infância e juventude foi derogada. Em sendo o Estado Democrático de Direito um Estado principialista, não há como subsistir normativa legal que contrarie os princípios que o presidem.

Pertinente a lição de Hannah Arendt, para a qual uma das notas típicas do pensamento corresponde à percepção e à reflexão sobre o fenômeno da ruptura. Para ela, a ruptura traduz-se num hiato entre o passado e o futuro, gerado pelo esfacelamento dos padrões e das categorias que compõem o repertório da tradição ocidental⁷³. Trazendo ao campo jurídico tal pensamento, que foi utilizado na explicação e repúdio ao totalitarismo, guardadas as proporções, pode-se dizer que no tocante aos direitos de crianças e adolescentes houve uma ruptura. Efetivamente, há contínuas dúvidas e perplexidades no presente na medida em que a tradição do pensamento não fornece regras para a ação futura, estando os conceitos ainda muito arraigados ao pensamento anterior. É cediço que o Estatuto da Criança e do Adolescente não agrada a diversas pessoas, pois representa um choque entre suas normas e a tradição do país, primordialmente nos princípios éticos contidos.

Um bom exemplo da incapacidade de pensar fatos novos está em não reconhecer a emergência de novos sujeitos de direitos. E crianças e adolescentes são, irrefutavelmente, sujeitos de direito a partir do novo paradigma instalado.

Importa ressaltar que entre o paradigma enfrentado na situação irregular e o atual da proteção integral há o paradigma da ambigüidade, o qual é bem representado por aqueles que, rechaçando de plano o anterior, não conseguem acompanhar as transformações reais e potenciais que ocorrem na aplicação do segundo. Um dos motivos é a significativa diminuição das práticas discricionárias e paternalistas no trato com as crianças. Corresponde,

⁷³ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 80.

em última análise, a uma síntese eclética, apropriada para esta época de fim das ideologias⁷⁴.

Em poucas áreas da vida social uma hegemonia jurídica se manifestou com mais força do que na área da política social para os mais necessitados, destacando-se, no presente estudo, a área da infância e juventude. De fato, a cultura garantista e democrática ainda encontra um obstáculo político-cultural considerável em algumas manifestações recorrentes do pensamento substancialista próprio do paradigma da ambigüidade.

Lenio Luiz Streck já proclamava a existência de uma crise no tocante à aceitação do novo projeto constituinte de 1988, primordialmente no âmbito da superação do caráter assistencial e caritativo da prestação de serviços públicos, quando estes passaram a ser vistos como direitos próprios da cidadania⁷⁵.

Todavia, não pairam dúvidas de que os conceitos restritos ao Código de Menores foram suplantados pela proteção legal dada a crianças e adolescentes como um todo, independentemente de quaisquer condições ou adjetivação qualificadora. Tal posição foi observada na legislação ordinária, ratificadora da nova realidade jurídica democrática e emancipadora, consecutória do Estado Democrático de Direito.

Ademais, cabe à hermenêutica cristalizar tal rompimento, através da desconstrução e superação do modelo já ultrapassado, porém por vezes ainda reinante no imaginário simbólico de alguns juristas.

É cediço que o modelo tradicional paternalista não mais convence, devendo o atual paradigma jurídico intervir na consciência dos atores, dos cidadãos aos membros do Poder Judiciário, diante do novo conteúdo normativo a ser explorado no tema.

Não se pode olvidar que hodiernamente a doutrina e a prática jurídica tomaram ciência de que existe uma teoria social, e o exercício da justiça necessita de tal modelo. Assim, a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tendo que desafiá-lo para uma justificação autocrítica. Após tal fato, a própria doutrina não deve mais evadir-se da questão atinente ao paradigma correto⁷⁶. E no caso em análise, corresponde inegavelmente ao paradigma da proteção integral.

⁷⁴ MENDEZ, Emílio García. Infancia, Ley e Democracia: una cuestion de justicia. **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56 e 57.

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 129

CAPÍTULO SEGUNDO

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Sumário: 2.1 A construção da cidadania internacional 2.1.1 Crianças e adolescentes cidadãos? – Por uma noção adequada cidadania 2.1.2 Classificação como direitos fundamentais supra-estatais 2.2 A capacidade processual internacional 2.2.1 Direito Internacional dos Direitos Humanos 2.2.2 A proteção internacional dos direitos de crianças e adolescentes.

En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados- Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de America Latina. (...) Frente al imperativo de la protección de la vida humana, y a las inquietudes y reflexiones suscitadas por la muerte, es muy difícil separar dogmáticamente las consideraciones de orden jurídico de las de orden moral: estamos ante un orden de valores superiores (...). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su evolución, en el umbral del año 2000, no debe en definitiva permanecer insensible o indiferente a estas interrogantes (ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE)⁷⁷.

2.1 A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA INTERNACIONAL

2.1.1 CRIANÇAS E ADOLESCENTES CIDADÃOS? – POR UMA NOÇÃO ADEQUADA DE CIDADANIA

É imprescindível a busca pelo significado e alcance da noção de cidadania num estudo acerca dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Não se pode olvidar que os próprios direitos fundamentais constituem a base de legitimidade do Estado de Direito e o conteúdo da cidadania.

Numa breve digressão histórica, observa-se que na Grécia clássica a idéia de cidadania evocava a relação da pessoa com a polis, constituindo um elemento básico à própria

⁷⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Voto proferido no Caso de los Niños de la Calle, julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, em 1999, concernente ao seqüestro e homicídio de cinco crianças, fato praticado por policiais da Guatemala. In: **La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI**. San José, Costa Rica: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2001. Sentença de 19 de novembro de 1999.

noção de política. A partir da Idade Moderna, houve muitas inovações no tocante aos direitos dos indivíduos. O fato de habitar uma cidade (de ser cidadão) não basta mais ao homem, pois os novos tempos exigem que este passe a ter também direitos nessa mesma cidade e não somente deveres⁷⁸. Pode-se dizer que a Revolução Francesa correspondeu à revolução dos cidadãos, e a qualidade de cidadania passou a ser o centro de imputação do conjunto de direitos e liberdades que correspondem aos membros de um Estado de Direito. Assim, observa-se a gradação de uma Era dos Deveres para a promissora Era dos Direitos⁷⁹.

Todavia, a noção de direitos do cidadão, na semântica das revoluções burguesas modernas, tem um sentido estrito, voltado à participação na forma da vontade estatal, restrito aos direitos políticos⁸⁰.

Essa concepção limitativa da cidadania ao direito à participação política foi progressivamente perdendo espaço na linguagem das ciências sociais no decorrer do século XX⁸¹, destacando-se a contribuição teórica de Thomas Marshall. Nessa perspectiva, observa-se a expansão do sobredito conceito, ao incluir os direitos civis, políticos e sociais.

Assim, fica evidente a insuficiência do conceito tradicional de cidadania, buscando-se a sua ampliação, não limitada à titularidade dos direitos políticos. Em uma das várias acepções léxicas dadas ao conceito de cidadania, evidenciadas por Pérez Luño⁸², esse conceito de cidadania global, propugnado por Thomas Marshall, considera necessária a não redução da cidadania a um âmbito restrito da individualidade, a fim de ampliar o conjunto de exigências e necessidades da pessoa no desenvolvimento de sua existência como membro da coletividade⁸³.

Sem representar oposição à categoria acima evidenciada, pode-se citar o *status* universal da cidadania em oposição à noção local. Como defensor no plano jurídico-constitucional cita-se Peter Habërle. Essa acepção se projeta na proteção humanista da modernidade, com o desiderato de consagrar plenamente o *status mundialis hominis*⁸⁴. Tem

⁷⁸ MONDANI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org). **História da cidadania**. 3 ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 116.

⁷⁹ Denominação evidenciada no título da clássica obra de Norberto Bobbio.

⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 175.

⁸¹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 176.

⁸² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Revista Doxa**, nº. 25, 2002, p. 177-211.

⁸³ Não se pode olvidar a crítica feita a essa idéia por Luigi Ferrajoli, sob o argumento de que a concepção de Marshall confundiu o significado estrito da cidadania com o *status* subjetivo para a titularidade dos direitos políticos, até fazê-lo coincidir com a titularidade de todos os direitos da personalidade.

⁸⁴ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y definiciones. **Revista Doxa**, nº. 25, 2002, p. 177-211.

ela sido eficazmente reivindicada por filósofos e juristas, em oposição a uma visão particular, local, cingida ao exercício dos direitos civis.

Desde o próprio surgimento do conceito moderno de cidadania, que coincide com a formação do Estado Liberal, observa-se uma ampliação de suas formas de titularidade. Assim, apesar da exclusão de crianças, e também mulheres e não alfabetizados, da titularidade cívica nas primeiras versões do Estado liberal, representado uma evidente negação, os movimentos sociais determinaram a paulatina incorporação desses grupos na noção de cidadania. Nesse aspecto, cita Perez Luño a chamada cidadania multilateral, firmada também na possibilidade de direitos supra-estatais⁸⁵.

Observa-se, pois, que a noção de cidadania, após expressar o vínculo jurídico que liga as distintas formas de organização política com seus membros, passou, a partir da modernidade, a significar o vínculo jurídico de pertencer ao Estado de Direito.

Contudo, é importante ressaltar que a cidadania também não se limitou a tal noção, desenvolvendo-se, nas últimas décadas, com o objetivo de conquistar e ampliar os direitos referentes a interesses coletivos e difusos, reputados como direitos de terceira dimensão. As ações referentes a interesses coletivos e difusos possibilitam o acesso mais generalizado e eficiente dos indivíduos e grupos aos benefícios e vantagens do sistema social, institucionalizando a cidadania⁸⁶.

Nos termos do presente trabalho, pois, a cidadania hodierna deve ser entendida como um processo dinâmico e não mais restrito a um conjunto padrão de direito e responsabilidade. Busca-se um modelo de cidadania que não o clássico, fundamentado em diferenciações etárias, calcado em uma visão estática, restrito à idéia de direitos, excludente para crianças e adolescentes.

Essa visão excludente, apesar do avanço na esfera internacional, parece vigorar em diversas sociedades internacionais ainda no século atual, consoante se infere das declarações seguintes:

En una época en la historia de la humanidad, en Europa se discutía si, como los hombres, las mujeres tenían o no alma. Tiempo después, cuando los europeos descubrieron América, también discutieron si los indígenas, legítimos habitantes del nuevo mundo, estaban dotados de un alma como ellos. En el final del siglo veinte aún se discute en muchos lugares no se

⁸⁵ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadanía y definiciones. *Revista Doxa*, n.º. 25, 2002, p. 177-211.

⁸⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 181-182.

discutía si el lector está en el siglo XXI si los niños y adolescentes son o no ciudadanos, como los adultos⁸⁷.

A atual idéia de cidadania deve ser entendida como participação, através da opção de um novo modelo democrático: atores sócio-políticos relevantes. A expressão da cidadania se dá através da participação enquanto membro nos destinos e na dinâmica da comunidade na qual os sujeitos encontram-se inseridos. A participação de crianças e adolescentes apresenta-se como uma forma de inserção destes sujeitos na sociedade, não mais presa a ações adultocêntricas.

Em face do exposto, sem se limitar à visão obsoleta e tradicional do conceito em análise, é cristalina a possibilidade de consideração de crianças e adolescentes como cidadãos. Aliás, vários documentos internacionais, mormente a Convenção sobre os Direitos da Criança, destacam tal qualificação.

Porém, não se pode olvidar que, em face de algumas circunstâncias da vida, certos indivíduos, destacando-se, no presente texto, crianças e adolescentes, não podem por óbvio desfrutar de plena capacidade⁸⁸. Mas isso não os impede de ser titulares de direitos oponíveis ao Estado, inseridos na acepção de cidadãos. É, pois, evidente que a cidadania que se propõe conceder às crianças e adolescentes não pode ser entendida sob o aspecto absoluto, em decorrência da participação política e existência de delimitações etárias.

Infelizmente, o fato de crianças e adolescentes serem reconhecidos juridicamente não representou, ainda, uma mudança na sua vida cotidiana, permanecendo uma distância entre direito e realidade. No aspecto legal, jurídico e formal houve um significativo avanço no tocante à promoção dos antes chamados “menores” a sujeitos de direito, com prerrogativas específicas diante da lei por sua condição especial de pessoa em fase de desenvolvimento⁸⁹. Desta feita, foi assegurado o aspecto formal da cidadania, o direito a ter direitos. O problema está na garantia no cotidiano dos direitos assegurados internacionalmente. Assim, um aspecto da cidadania a ser analisado concerne a iniciativas de protagonismos de crianças e adolescentes.

⁸⁷ MORAES, Edson Seda. El nuevo paradigma de la niñā el niño en América Latina. In: **Ley para la Infancia y la Adolescencia**. Unicef. Disponível em: <www.unicef.org.co/Ley/5.htm>. Acesso em: 02 maio 2007.

⁸⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. **O Direito Internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 546.

⁸⁹ VOLPI, Mário. Crianças e adolescentes são cidadãos? **Revista Virtual de Direitos Humanos**. Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB, n.º. 02, ano 02, março/ 2002, p. 31-33. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 13 outubro 2007.

2.1.2 CLASSIFICAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS SUPRA-ESTATAIS

Convém salientar que nas Constituições contemporâneas os direitos fundamentais subdividem-se em estatais e supra-estatais. Pontes de Miranda já observava que em algumas ocasiões as Cartas Políticas fazem fundamental o que não é supra-estatal, advindo daí a possibilidade de direitos fundamentais não supra-estatais⁹⁰.

Hoje, as Declarações de Direito não têm só a finalidade de apontar os princípios que o Povo (...) reputa essenciais; atendem a exigências supra-estatais, para que os outros Estados tratem o Estado, que as faz, como entidade observadora dos postulados atuais da civilização. Ao lado do *ethos* político, já é discernível a necessidade de se reconhecerem tais direitos, que nascem acima (portanto, na ordem jurídica supra-estatal), e não dentro do direito do Estado⁹¹.

Os direitos estatais são assegurados pela Constituição antes de serem reconhecidos pelo direito internacional público. Correspondem a direitos humanos que refletem valores e princípios que alicerçam a Constituição de determinado país. Sua positivação pelo direito interno sempre antecede a inserção em tratados internacionais, o que, ademais, pode não acontecer. A existência de tais direitos depende única e exclusivamente da edição de norma constitucional.

Em suma, são direitos que atingiram a fundamentalidade em razão da importância atribuída pelo povo de determinado país. São, pois, extremamente importantes para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, sendo verdadeiros termômetros do estágio evolutivo das nações contemporâneas⁹².

Já no concernente aos direitos fundamentais supra-estatais, cumpre informar que os mesmos são provenientes da ordem jurídica internacional. Sua incidência independe de reconhecimento constitucional, já que pertencem à ordem jurídica exterior e acima do Estado. Correspondem a paradigmas de validade das normas de direito interno, inclusive das normas constitucionais. Por estarem contidos em ordem jurídica superior, impõem limites tanto ao poder estatal quanto ao poder constituinte, que são obrigados a incorporá-los à Constituição,

⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 622.

⁹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 628.

⁹² SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL** n°. 1, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez.2005, p. 45.

cerceando das garantias necessárias à sua efetividade. Diante dos direitos supra-estatais, o papel do Estado é apenas definidor das exceções, uma vez que eles não resultam das leis; precedem-nas⁹³.

Os direitos fundamentais positivados pelo direito internacional são uma demonstração de que é possível que ideologias distintas, com postulados teóricos antagônicos e, até mesmo, inconciliáveis, cheguem a um consenso sobre valores universais, comuns a todos os povos civilizados⁹⁴.

No âmbito de declarações e garantias dos direitos internacionais do homem, pode-se dizer que a sociedade política conduziu à criação de um verdadeiro direito comum da humanidade. Em tendo os direitos supra-estatais caráter universal, assumindo o Estado para com a comunidade internacional a obrigação de protegê-los, a progressiva garantia desses direitos conduz ao robustecimento do direito internacional, numa técnica de primado do direito das gentes sobre o direito constitucional, sustentada por Kelsen, concedendo à organização jurídica de uma comunidade internacional certo poder sancionatório⁹⁵.

É cediço que os direitos fundamentais supra-estatais são incorporados ao sistema jurídico brasileiro na condição de normas constitucionais, leis ordinárias ou emendas constitucionais. No tocante ao tema objeto do presente trabalho, observa-se que as disposições internacionais relativas aos direitos de crianças e adolescentes correspondem a compromissos formais que servem de paradigma para a elaboração de normas constitucionais e ordinárias. De fato, as Declarações de Direitos deram origem a leis de proteção aos direitos das crianças e adolescentes.

Na realidade brasileira, há que se destacar a Lei n° 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), promulgada sob os auspícios de convenções internacionais anteriores, primacialmente a Convenção sobre os direitos da criança de 1989, sendo exemplo de mudança paradigmática no tocante ao tratamento outrora ofertado à infância e à juventude, segundo já ressaltado. Corresponde, pois, a cristalino exemplo de direitos supra-estatais, cuja existência transcende os Estados.

⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 630.

⁹⁴ SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito da UFAL** n°. 1, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez.2005, p. 46.

⁹⁵ FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. Vol. 01. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 577.

2.2 A CAPACIDADE PROCESSUAL INTERNACIONAL

2.2.1 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional, antigo Direito das Gentes, sofreu grande evolução, tornando-se um sistema complexo e desdobrável em ramos e tribunais diversos. Já se salientou ser perfeitamente cabível ao mesmo a expressão “Sê plural como o universo”, de Fernando Pessoa⁹⁶, usada para descrever o processo de surgimento de seus heterônimos. De fato, o aumento de normas internacionais, aliado ao natural crescimento do direito internacional, acarretou o surgimento de ramos específicos, sem, porém, implicar perda de sua unicidade. Para ser mais justo e equânime, o direito internacional também precisa se tornar múltiplo, ser plural⁹⁷. Um desses ramos corresponde ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Não pairam dúvidas que esse fenômeno da internacionalização constitui uma etapa importante na positivação dos direitos humanos, tratando-se de um processo ligado ao reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo pelo Direito Internacional⁹⁸.

Sabe-se que a internacionalização e a universalização dos direitos humanos implicaram na criação da sistemática normativa internacional de proteção desses direitos. Nesse aspecto, o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho situam-se como os primeiros marcos desse processo de internacionalização. Para atingir tal objetivo, foi necessário redefinir o âmbito e o alcance do tradicional conceito de soberania estatal, com o escopo de permitir o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional, passando aquela a incorporar compromissos e obrigações de alcance externo.

Infere-se que ao assegurar padrões globais mínimos para as condições de trabalho, ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da segurança internacional e ao proteger direitos fundamentais em situações de conflitos armados, os supracitados institutos assemelham-se na medida em que projetam o tema atinente aos direitos humanos na ordem

⁹⁶ PESSOA, Fernando. **Obras em prosa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1974, p. 81.

⁹⁷ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A multiplicação dos Tribunais Internacionais e o problema dos regimes auto-suficientes no Direito Internacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** n° 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 07-27.

⁹⁸ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos fundamentales**. Temas clave de la constitucion española. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 41.

internacional. As obrigações internacionais voltaram-se à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados⁹⁹.

Iniciou-se, outrossim, a consolidação da capacidade processual internacional dos indivíduos, bem como a concepção de que os direitos humanos não mais se limitam à exclusiva jurisdição doméstica, mas constituem matéria de legítimo interesse internacional¹⁰⁰.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e da criação das Nações Unidas, deparamo-nos com um novo paradigma, numa busca de delimitação e reconstrução da já citada noção de soberania. A sua clássica conceituação, cingida ao monopólio da coerção legítima sobre o território, é impeditiva da própria validade do direito internacional, uma vez que este pressupõe um conjunto de regras sobrepostas ao Estado soberano¹⁰¹. Pontes de Miranda já vislumbrava a problemática reinante acerca do primado do então direito das gentes em relação ao direito dos Estados, diante de uma ínsita contradição entre a realidade e a ilusão da onipotência pluralística dos soberanos¹⁰².

Não se concebe hodiernamente poder o Estado tratar seus cidadãos, e, sobretudo, suas crianças e adolescentes, da forma que bem entender, sem estar passível de sofrer responsabilização na esfera internacional.

De fato, a necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos. Isso tudo acarretou a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional, tornando possível, nas omissões por parte das instituições nacionais na tarefa de salvaguarda dos direitos fundamentais, a responsabilização do Estado no domínio internacional¹⁰³.

Com tal desiderato, observa-se que são fortíssimas as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional de direitos do homem. E não são poucas, neste momento, as Constituições que para ele apelam e que expressamente o recebem¹⁰⁴.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 136-137.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 139.

¹⁰¹ MENEZES, Iure Pedroza. Os Tratados Internacionais e o Direito Interno dos Estados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** n° 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 314.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito internacional privado**. Tomo I. Fundamentos e parte geral. Rio de Janeiro: José Olympio editora, 1935, p. 07.

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 141.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Contitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 26.

Não se pode olvidar, ademais, que consoante a Declaração de Viena de 1993, todos os direitos humanos são universais¹⁰⁵, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e igualitária, sendo obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político e social, promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Nesse aspecto, destacam-se os direitos de crianças e adolescentes, em face de sua peculiar condição de seres em desenvolvimento.

2.2.2 OS DIREITOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

É cediço que em um passado não muito remoto as crianças não possuíam direitos, mas apenas se sujeitavam ao poder familiar. Há relatos de casos nos quais a defesa de sua vida, posta em perigo pelos genitores, e mesmo de sua condição humana, precisou ser feita com fulcro em leis existentes para a proteção dos animais, na ausência de norma específica sobre o tema.

Destarte, a par de uma nova visão no tocante à proteção de crianças e adolescentes, ainda sob a influência do sistema internacional instituído após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho foi a primeira instituição a aprovar uma convenção, em 1919, limitativa do início da vida economicamente ativa dos jovens. Ela foi seguida, em 1921, pela Convenção sobre Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, adotada pela Liga das Nações.

Assim, observa-se que antes mesmo da criação da Organização das Nações Unidas a proteção da criança foi objeto de preocupação por parte da comunidade internacional.

Em 1924 foi aprovada a Carta da Liga sobre a Criança, comumente chamada de Declaração de Genebra, correspondendo a documento bem mais amplo e genérico. A sua grande inspiradora foi Eglantine Webb. Houve a divisão em cinco números, unanimemente aprovados pela Assembléia Geral, porém não há dúvidas de que a criança ainda se encontrava em uma situação passiva, sendo mero objeto de proteção (não vista como sujeito de direitos). O documento apresenta uma linguagem muito mais assistencialista do que definidora de direitos.

¹⁰⁵ Não cabe no âmbito do presente trabalho tecer comentários acerca da crítica entre a universalização e relativização dos direitos humanos. Para maior aprofundamento do tema, Cf. PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La universalidad de los derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

Principalmente em face da situação da infância no mundo pós-guerra, em 1959, após algumas revisões da Declaração de Genebra, quase dez anos depois da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ocorrida em 1948, a Organização das Nações Unidas resolveu proferir uma nova declaração, de âmbito heterogêneo, já que não atingiu todos os seres humanos, mas tão-somente as crianças: a Declaração dos Direitos da Criança (Resolução nº 1386). Foi enunciada a necessidade de proteção e salvaguarda especiais à criança, estando tal idéia hodiernamente presente em todos os países, mesmo em situações limites¹⁰⁶.

A supracitada declaração conclama representantes legais, sociedade, organizações voluntárias, autoridades e governos nacionais a reconhecerem os direitos da criança e tornarem-nos efetivos e consagrados legislativamente, com supedâneo nos dez princípios estabelecidos. Convém salientar, pela sua importância, o princípio que confere fruição de proteção especial às crianças, com o escopo delas se desenvolverem física, mental, moral, espiritual e socialmente, de forma saudável e normal, em condições iguais de liberdade e dignidade.

Ponto focal dessa declaração, em comparação com sua antecessora na proteção da infância, é a mudança de paradigma que instala, passando as crianças a serem vistas como sujeitos de direitos, e não meras receptoras passivas das ações realizadas em seu favor.

Após vinte anos da Declaração de 1959, em sua comemoração e com o propósito de alertar a sociedade internacional acerca do tema em análise, a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou o ano de 1979 como o Ano da Criança. Foi determinada à sua Comissão de Direitos Humanos a elaboração do projeto de convenção sobre as crianças, tendo cabido a Polônia o encargo de elaborar a primeira minuta.

Aos vinte dias do mês de novembro de 1989, dez anos após a abertura dos trabalhos aspirando à elaboração dessa convenção internacional, foi aprovada a Convenção sobre os Direitos da Criança, que entrou em vigor internacional em setembro de 1990, menos de um ano após ser aprovada. O professor Adam Lopatka foi seu principal inspirador.

Cumprе ressaltar que dois anos após ter entrado em vigor, a Convenção já contava com o maior número de ratificações já visto relativamente a um tratado de direitos humanos,

¹⁰⁶ MELLO, Celso de Albuquerque. A criança no Direito Humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Org). **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 511.

muito embora o espectro de direitos que regulamentasse fosse maior do que o de todos os outros, apesar de subjetivamente limitado às crianças¹⁰⁷.

Consoante a sobredita Convenção, a criança é definida como todo ser humano com menos de dezoito anos de idade. Tal conceito abrange, no ordenamento jurídico brasileiro, a criança e o adolescente. No entanto, registra-se a possibilidade de adoção diferenciada da maioria nas legislações aplicáveis. Houve o acatamento da concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir absoluta prioridade e proteção especial. Esta corresponde a um sistema especializado, desenvolvido com o objetivo de dispensar amparo a grupos tidos como vulneráveis, a exemplo dessa faixa etária.

Observa-se que essa Convenção, ainda quando sofre das debilidades inerentes às normas jurídicas internacionais, traz duas grandes novidades:

1. Não se trata de um mero declarativo de princípios, mas de um instrumento jurídico, em face da ratificação;
2. Abandona a concepção exclusivamente intuitiva das declarações anteriores em prol de uma concepção que assuma a conceituação de crianças como titulares de direitos, incluindo tanto os direitos de igualdade, de seguridade e também de liberdade. Assim, apesar de seres em desenvolvimento, crianças são, sim, sujeitos de direitos¹⁰⁸.

Dessa forma, cumpre registrar que para a sobredita Convenção as crianças são sujeitos em desenvolvimento, mas sujeitos de direitos, e não apenas de direitos passivos, através da prestação de adultos. O referido documento inaugurou a idéia segundo a qual as crianças são titulares de direitos autônomos e não de meros interesses tutelados por terceiros¹⁰⁹. Crianças e adolescentes são considerados, também, detentores de direitos ativos, como a liberdade de consciência, de crença, de expressão etc¹¹⁰.

¹⁰⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. Coleção Qualitas - Série dissertações. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131-132.

¹⁰⁸ SANCHEZ-PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 20.

¹⁰⁹ CORTÉS, Isabel Fanlo. **Derecho de los niños: una contribución teórica**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 09.

¹¹⁰ SANCHEZ-PESCADOR, Liborio L. Hierro. El niño y los derechos humanos. In: CERVERA, Ignacio Campoy (Org). **Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas**. Madrid: Dykinson, 2007, p. 26-27.

Por conseguinte, no tocante aos direitos previstos em seu bojo, ela é extremamente abrangente, abarcando áreas tradicionalmente definidas como direitos humanos: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Expressa uma clara tendência ao traduzir em termos de direitos praticamente todo o universo infantil. Destarte, foi assumida a tendência relativa à indivisibilidade e à implementação recíproca¹¹¹.

Ao ratificarem a Convenção, devem os Estados - partes se comprometerem a proteger a criança de todas as formas de discriminação e negligência, assegurando-lhes assistência apropriada.

Outrossim, ela contém normas positivas e negativas, estando os países que a ratificaram sob a obrigação legal de cumpri-la integralmente. Apresenta-se, pois, também nesse aspecto, distinta da Declaração de 1959, uma vez que esta, como toda declaração emanada da Organização das Nações Unidas, não possui força legal, representando apenas uma recomendação do órgão superior internacional à sociedade e aos governos¹¹². A Convenção constitui, pois, instrumento juridicamente vinculante frente aos Estados que a ratificaram.

Interessante notar que alguns acontecimentos históricos resultaram em dispositivos legais específicos, internos ou internacionais, como ocorreu com a proposta da Argentina em incluir na Convenção dispositivo com o propósito de assegurar proteção contra o desaparecimento de crianças, em face de reiterados casos ocorridos naquele país durante os anos da ditadura militar.

Entre os 54 artigos existentes na Convenção, há normas auto-executáveis, além de outras que necessitam de legislação interna para a sua implementação¹¹³.

Ela apresenta como base normativa a Carta das Nações Unidas e a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, além de outros documentos internacionais para situações específicas. Apesar de seguir a filosofia imanente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a sobredita Convenção foi ainda mais além, já que incluiu direitos humanitários e introduziu novos conceitos, a exemplo do direito à identidade, não protegido anteriormente pelo direito internacional.

¹¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 282.

¹¹² DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado. A criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

¹¹³ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado. A criança no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 86.

Com um texto extenso, e com a salvaguarda dos mais variados direitos, a Convenção apresenta de forma cristalina a grande evolução do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ela representa a Carta Internacional dessa faixa etária, consubstanciando a jurisdicionalização da proteção internacional dos direitos humanos da infância, correspondente ao “hito fundamental en la positivización de los derechos del niño”¹¹⁴.

Observa-se, pois, que sob a perspectiva dos direitos humanos, a Convenção sobre os Direitos da Criança traduz uma visão integral dos direitos humanos de crianças e adolescentes, contemplando sua integralidade e implementação recíproca, apesar de algumas críticas no tocante a uma pretensa promoção da autonomia da criança, frente a direitos como liberdade religiosa e de privacidade¹¹⁵.

Em 1996, o UNICEF (United Nation's International Children's Emergency Fund), ao celebrar seu cinquentenário, proclamou que a partir daquela data toda a sua atividade em prol da criança estaria em consentâneo com o disposto na sobredita Convenção.

É imperioso ressaltar que no tocante à exploração sexual de crianças e à sua participação em conflitos armados, foram adotados, em 25 de maio de 2000, dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, pela Resolução A/RES/54/263 da Assembléia Geral: o Protocolo Facultativo sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil e o Protocolo Facultativo sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados.

Têm os supracitados protocolos o escopo de fortalecer o rol de medidas protetivas às violações dos direitos da criança. O primeiro impõe aos Estados - partes a obrigação de proibirem a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantil, exigindo a promoção, como medida mínima, da criminalização das condutas. Já o segundo protocolo estabelece que os Estados - membros devem tomar as medidas necessárias a fim de assegurar a não participação direta em disputa de qualquer grupo armado de menores de dezoito anos.

¹¹⁴ CORTÉS, Isabel Fanlo. **Derecho de los niños: una contribución teórica**. México: Distribuciones Fontamara, 2004, p. 09.

¹¹⁵ Importa consignar que apesar dos grandes e numerosos méritos tecidos à Convenção, foram enunciadas algumas críticas, primordialmente pelo direito francês, ao dispor que aquele documento internacional possui uma mensagem tida como dogma da autonomia da vontade, promovendo uma autonomia da criança frente a direitos que deveriam ser resguardados pela família, como a liberdade religiosa e de privacidade, de modo a gerar uma situação no mínimo conflituosa entre as crianças e seus familiares.

Em 20 de novembro de 2001 foi adotada nova Resolução pelo Conselho de Segurança da ONU, contendo considerações e solicitações dirigidas a si mesmo, aos países - membros, às partes envolvidas em conflitos armados, bem como a organizações regionais, acerca dos direitos protetivos da infância¹¹⁶.

Importante mencionar, ademais, o Comitê sobre os Direitos da Criança, com o fito de realizar o controle e fiscalização dos direitos enunciados na Convenção em análise, cabendo monitorar a sua implementação.

Finalmente, no âmbito do direito internacional privado, convém sustentar que a área pertinente à proteção da criança tem sido a que mais ocupou a Conferência Permanente de Direito Internacional Privado da Haia, além de diversas convenções, relativas a alimentos, adoção e seqüestro de filhos (a exemplo da Convenção sobre Proteção de Crianças e Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, regida, posteriormente, pela Convenção da Haia de 1996).

Do exposto, infere-se que foi no plano internacional que se desenvolveu uma dimensão de direitos que extrapolaram fronteiras. A proteção internacional aos direitos da terceira dimensão, fase da ampla cidadania consubstanciada nos direitos difusos e coletivos¹¹⁷, foi de indiscutível importância, primordialmente no tocante aos direitos em análise no presente trabalho.

Registre-se, ademais, que a normativa internacional, sobretudo a Convenção sobre os Direitos da Criança, contribui e representa a verdadeira mudança de paradigma dos direitos da infância, consubstanciando-se num salto qualitativo fundamental na consideração social e jurídica da infância¹¹⁸. Em sendo agora parte do ordenamento jurídico dos países que a ratificaram, também o é do Brasil, o qual possui legislação interna inteiramente compatível com o disposto na normativa internacional.

¹¹⁶ O professor Jacob Dolinger lança grave crítica a tal Resolução, bem como a outras similares, afirmando serem as mesmas imprestáveis, frente a total politização e flagrante inoperância do Conselho de Segurança da ONU diante de vários genocídios do último quartel do século XX, ocorridos às vistas da ONU e de seu Conselho.

¹¹⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Constituição e direito internacional: cedências possíveis no Brasil e no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 198.

¹¹⁸ MENDEZ, Emilio Garcia. **Derechos de la Infancia Adolescencia en América Latina**. Guayaquil: Edino, 1994, p. 89-90.

PARTE II: PRISMA DOGMÁTICO

FORA DA ORDEM

Vapor barato, um mero serviçal do narcotráfico,
Foi encontrado na ruína de uma escola em construção
Aqui tudo parece que é ainda construção e já é ruína
Tudo é menino e menina no olho da rua
O asfalto, a ponte, o viaduto ganindo pra lua
Nada continua
E o cano da pistola que as crianças mordem
Reflete todas as cores da paisagem da cidade que é muito mais bonita
E muito mais intensa do que um cartão postal
Alguma coisa está fora da ordem
Fora da nova ordem mundial (...)
(CAETANO VELOSO)¹¹⁹

¹¹⁹ VELOSO, Caetano. Fora da ordem. In: VELOSO, Caetano. Circuladô. São Paulo: Polygram, 1991. Indiscutivelmente, a atual situação da infância e juventude brasileira, muito além do disposto na norma, está fora do previsto e consagrado no ordenamento jurídico internacional.