



Prisma Jurídico
ISSN: 1677-4760
prismajuridico@uninove.br
Universidade Nove de Julho
Brasil

Cobianchi Figueiredo, Patrícia
A proteção jurídica da criança e do adolescente e sua fonte normativa
Prisma Jurídico, núm. 5, 2006, pp. 309-326
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93400519>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

A proteção jurídica da criança e do adolescente e sua fonte normativa

Patrícia Cobianchi Figueiredo

Mestranda em Direito Constitucional – PUC-SP;
Professora no curso de Direito – Uninove e UniRadial;
Membro da Comissão de Direitos da
Criança e do Adolescente da OAB/SP.
São Paulo [Brasil]
patriciacobianchi@uninove.br

Neste artigo, ressalta-se que, para alcançar justiça social como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito, é imprescindível promover e garantir os direitos humanos universais com o reconhecimento das particularidades de certos sujeitos de direitos, entre os quais a criança e o adolescente. É o reconhecimento das peculiaridades da criança e do adolescente que enseja considerá-los como específicos sujeitos de direitos, o que vem sendo veiculado por diversos diplomas legais, nacionais e internacionais, e não apenas nos instrumentos específicos e diretamente destinados a tais sujeitos de direitos, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, para assegurar o cumprimento desses direitos necessário se faz atentar para o ordenamento jurídico em sua globalidade. É o que este estudo pretende demonstrar, enfatizando, sem pretensão de exaurimento, os principais direitos da criança e do adolescente em vários instrumentos normativos, internos e internacionais.

Palavras-chave: Condição peculiar de desenvolvimento. Criança e adolescente. Direitos Humanos. Ordenamento jurídico interno e internacional. Proteção jurídica.

1 A criança e o adolescente como específicos sujeitos de direitos

Todos os que se encontram na condição humana, incluindo-se, por certo, a criança e o adolescente, são sujeitos de direitos. Dizer atualmente que todo ser humano é sujeito de direito é facilmente aceitável, mas se relembrarmos, por exemplo, a luta contra a escravidão, constataremos que nem sempre foi assim. Fez-se necessário, ao fulgor da filosofia kantiana, preconizar que todo homem tem uma dignidade, e não um preço como as coisas, para só então propiciar a conscientização existente hoje.

Ainda assim, para melhor assegurar os direitos, é preciso a especificação do sujeito de direito, ou seja, não considerar o homem apenas em sua generalidade, mas, sim, em suas peculiaridades, em suas diferenças. Nesse sentido, no entendimento do magistério de Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 442-443),

[...] todas as culturas tendem a distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios competitivos de vínculo hierárquico. Um – o princípio de igualdade – opera por intermédio de hierarquias entre unidades homogêneas (a hierarquia de estratos socioeconômicos; a hierarquia cidadão/estrangeiro). O outro – o princípio da diferença – opera por intermédio da hierarquia entre identidades e diferenças consideradas únicas (a hierarquia entre etnias ou raças, entre sexos, entre religiões, entre orientações sexuais). Embora na prática os dois princípios frequentemente se sobreponham, uma política emancipatória de direitos humanos deve saber distinguir entre a luta pela igualdade e a luta pelo reconhecimento igualitário das diferenças a fim de poder travar ambas as lutas eficazmente.


Ora, tratar a todos, indistintamente, de forma igualitária, sem considerar tais peculiaridades, nada mais é do que preconizar apenas a igualdade

formal que serviu de base para tantas injustiças na história. Nesse sentido, Paulo Bonavides (1996, p. 61) aponta:

Leva Vierkandt seu pensamento às últimas conseqüências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – termina ‘apregoad a liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome.

Foi preciso perceber que, na realidade, os indivíduos são, em sua natureza, desiguais, principalmente social e economicamente; por isso, devem ser tratados de maneira desigual para atingir o objetivo de uma efetiva igualdade. Nessa direção, no plano jurídico ocorreu a transição do Estado de Direito, com o princípio da legalidade, para o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucionalista, com o princípio da constitucionalidade. Nos ensinamentos de Canotilho (1998, p. 263, grifos do autor), “O Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*.”

Diante dessa nova perspectiva, a igualdade não é vista apenas sob o ângulo meramente formal, mas também considerada sob o aspecto material, ou seja, como direito à prestação positiva do Estado, que deve tratar desigualmente os desiguais em busca de um maior nivelamento econômico e social e, assim, proporcionar aos homens uma existência digna, como pressuposto do exercício pleno da liberdade. Nesse sentido, preconiza-se que não basta ao Estado proclamar a liberdade, é preciso que ele promova a possibilidade de ser livre.



Como consequência dessa nova concepção, há o consenso de que o homem não pode ser efetivamente protegido se considerado de forma genérica com uma proteção universalista, mas, ao contrário, necessário se faz considerar certas peculiaridades de determinados sujeitos de direitos, as quais requerem uma proteção específica. É o respeito às diferenças, que podem ser de várias ordens: social, econômica e pessoal, como a etnia, a raça e o gênero. Segundo o magistério de Flávia Piovesan (2004, p. 119-120),

Ao processo de expansão dos direitos humanos soma-se o processo de especificação de sujeitos de direitos. A primeira fase de proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), com base na igualdade formal. Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, a população afro-descendente, os migrantes, a pessoas portadoras de deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificações e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. (grifo nosso).

Uma primeira pergunta que se impõe é: qual a peculiaridade da criança e do adolescente para serem considerados específicos sujeitos de direitos?

Trata-se de sua condição peculiar de desenvolvimento que, nos termos do artigo 27 da Convenção sobre Direitos da Criança¹ e do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, inclui os seguintes aspectos: desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e o social. É diante dessa condição peculiar que há o reconhecimento universal e, de forma especial, da prevalência de seus interesses, ou seja, são interesses superiores reconhecidos não só interna, mas também internacionalmente.

Resta ainda trazer a lume que a condição peculiar de desenvolvimento da criança e do adolescente, como visto, não se faz suficiente para o ordenamento jurídico; é preciso haver uma delimitação até mesmo como forma de identificação de tais sujeitos de direitos especiais. Tal delimitação, sob o critério etário, encontra-se, *a priori*, na Convenção sobre os Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo certo que a Convenção não faz distinção entre criança e adolescente. Assim, de acordo com o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente,

Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade.

2 Onde estão veiculados os direitos das crianças e dos adolescentes

Tendo em vista que muitos direitos têm como destinatários a todos indistintamente, ressalta-se, primeiro, a existência dos mais variados diplomas legais, em âmbitos interno e internacional, que veiculam direitos aplicáveis à criança e ao adolescente. Quanto à legislação específica, vem aumentar, complementar e, por vezes, repetir direitos, mas, de forma orien-

tada, no caso da criança e do adolescente, direcionada aos seres humanos em condição peculiar de desenvolvimento.

A preocupação se impõe porque, não raro, com a freqüente especificação, percebe-se um certo afastamento do comando geral. Assim, necessário se faz não deixar de atentar para a globalidade do ordenamento jurídico que, como sistema, deve ser estudado e aplicado. Nesse sentido, existe possibilidade de encontrar direitos em instrumentos internacionais ou na Constituição Federal, ou ainda em outros documentos e que não estejam mencionados no Estatuto da Criança e do Adolescente. Exemplos são o artigo 5º, inciso XXXI, da Constituição Federal, sobre sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, o artigo 198, do Código Civil, acerca de não correr prescrição contra os incapazes, e, ainda, o artigo 12 da Convenção sobre os direitos da Criança, relativo ao direito de opinião, disposição que, embora veiculada em documento específico, não há internamente em tal redação.

São necessárias algumas palavras especificamente sobre os instrumentos internacionais que veiculam direitos da criança e do adolescente. São os denominados tratados internacionais de direitos humanos, mas, como pondera João Grandino Rodas (1991, p. 11), “[...] a denominação escolhida não tem influência sobre o caráter do instrumento. A prática, por seu turno, demonstra que, via de regra, cada termo não significa modalidade determinada de compromisso internacional, sendo sua utilização livre e muitas vezes não muito lógica.”

Ressalta-se que, a partir do pensamento de Norberto Bobbio, atualmente há um consenso de que o mais importante não é justificar filosoficamente os direitos humanos, mas, sim, cobrar uma efetiva aplicabilidade de suas normas. Nesse sentido, evidencia-se a existência do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, desenvolvido em âmbito global e em âmbitos regionais – europeu, interamericano e africano² –, efetivando-se por meio da adoção de diversos tratados internacionais. Como lecionado por Oscar Vilhena Vieira (2000, p. 42),

Os sistemas regionais europeu e interamericano, porém, são melhor estruturados e tecnicamente mais viáveis, aproximando-se ainda mais de um sistema internacional de caráter constitucional. Como o sistema ONU, estes dois sistemas regionais são fundados a partir de tratados internacionais, que não apenas dão o parâmetro normativo, criam sistemas de monitoramento, mas também estabelecem instâncias jurisdicionais de proteção dos direitos humanos, que há se encontram em funcionamento.

Vale ainda mencionar que os tratados internacionais constituem uma das principais fontes do Direito Internacional e se incorporam no ordenamento jurídico interno, causando impactos de várias ordens. Daí a relevância em ofertar o melhor tratamento, em âmbito interno, a tais instrumentos.

No que concerne à hierarquia normativa de tais instrumentos, trata-se de questão controversa, mas vale lembrar que, até 1977, quando se deu o julgamento do RE 80.004, o entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal era de que se tratava de hierarquia supraconstitucional, ou seja, acima da constituição Federal. Nas palavras de Celso de Albuquerque Mello (2001, p. 119),

A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No Recurso Extraordinário n.º 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. A grande maioria dos votos está fundamentada em autores antigos e dualistas, como é o caso de Triepel. Sustentar que a nossa Constituição é omissa nesta matéria significa apenas que a jurisprudência passa a ter um papel mais relevante, mas não que a jurisprudência possa ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania que desapareceu em 1919, pelo menos entre os juristas.

Com tais considerações é que se passa a apontar, sem pretensão de exaurimento e a partir dos instrumentos internacionais, os principais direitos da criança e do adolescente. O critério de escolha foi atentar para os documentos que fazem menção expressa à criança e ao adolescente, com o único objetivo de trazer a lume a fonte legislativa e enfatizar a globalidade e a equifinalidade pertinentes ao sistema, o que, nas palavras de Márcio Pugliesi (2005, p. 269), vem a ser:

Globalidade e equifinalidade são outras noções que se aplicam às abordagens sistêmicas. A primeira diz que o todo é diferente da soma das partes. Ou seja, define-se como globalidade o fato de qualquer sistema, uma vez constituído, revelar novas propriedades que as suas partes não apresentam. É fácil ver a distonia com o método cartesiano. A equifinalidade é a capacidade de os sistemas poderem, em virtude da sua organização e diversidade dos elementos, atingir o mesmo objetivo por vias diversas, revelando uma persistência nestes objetivos apesar de várias perturbações externas. Tais objetivos acabam por se impor ao comportamento do sistema [...]

3 Alguns direitos da criança e do adolescente

3.1 Do direito à vida e à saúde

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 6.1, declara o direito à vida como inerente à pessoa humana, devendo ser protegido por lei, e que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos³ vai além ao prever a concepção como momento inicial da proteção, nos termos do artigo 4º, n. 1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve

ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção.” Nesse sentido, Elimar Szaniawski (2005, p. 145) enfatiza que

O primeiro ponto a ser definido diz respeito ao direito de toda pessoa que foi concebida de ter o direito de nascer e de não ter impedido o desenvolvimento de sua vida, a fim de alcançar o seu desenvolvimento pessoal, espiritual e material. Para tanto, será necessário sua proteção do momento da concepção até sua morte.

Na Convenção sobre os Direitos da Criança⁴, artigo 6º, 1 e 2, os Estados-partes reconhecem que toda criança tem direito inerente à vida e que assegurarão, ao máximo, sua sobrevivência e desenvolvimento. Internamente, a inviolabilidade do direito à vida está assegurada constitucionalmente no *caput* do artigo 5º e, de forma específica, no *caput* do artigo 227.

No que concerne à saúde, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵ dispõe, no artigo 12, o reconhecimento de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental e prevê a adoção de medidas para assegurar a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil e o desenvolvimento das crianças. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶, em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – conhecido como Protocolo de San Salvador –, tratou da saúde no artigo 10, entendida como o mais alto nível de bem-estar físico, mental e social e, entre outras previsões, o comprometimento dos Estados-partes a reconhecer a saúde como bem público. Na Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 24 detalha tal direito. Internamente, a Constituição Federal, além da previsão no *caput* do artigo 6º, destina uma seção para reconhecimento de tal direito (artigos 196 a 200) e, em seu artigo 197, declara que as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Já o tratamento específico à criança está no artigo 227, *caput* e parágrafo 1º.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito à vida e à saúde vem disciplinado nos artigos 7º a 14, com tratamento específico, e no artigo 11, § 1º, aos portadores de necessidades especiais.

3.2 Do direito à educação

No que se refere à educação, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prevê que toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional. No Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a disciplina está no artigo 13. Os artigos 28 e 29 da Convenção sobre os Direitos da Criança detalham bem essa questão, além da previsão, no artigo 18.3, do direito de as crianças se beneficiarem dos serviços sociais de assistência social e creches a que fizerem jus quando seus pais trabalharem. Vale transcrever a seguinte redação:

Artigo 29 – 1. Os Estados-partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: a) ...; b) ... c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem e aos das civilizações diferentes da sua; d) preparar a criança para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena; e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

Internamente, a Constituição Federal, em vários dispositivos, declara o direito à educação, com ênfase nos seguintes artigos, nos quais se encontra proteção ainda maior que nos documentos internacionais: 6º, 205, 206, 208,

227 e alterações advindas da Emenda Constitucional 53, de 19/12/2006. Ressalta-se que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo e a não-oferta pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente, o que está reproduzido no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outras disciplinas que se encontram nos artigos 53 a 59, ao tratarem da educação, da cultura, do esporte e do lazer. No plano infraconstitucional, vale menção à Lei de Diretrizes e Bases da Educação – (LDB 9394/96).

Questão muito discutida atualmente é educação para os portadores de necessidades especiais, cujo atendimento educacional especializado, nos termos do artigo 208, III, deve ser preferencialmente na rede regular de ensino. No Estatuto da Criança e do Adolescente, a previsão está no artigo 54, III. Também a L. 10.845/04 refere-se à educação especializada.

Um direito relativamente novo que está sendo atrelado ao direito à educação é o que se refere ao afeto. No Brasil, o assunto está em discussão e algumas decisões já foram proferidas. Em uma dessas decisões, advinda do RS – 2ª Vara, houve a condenação ao pagamento de 200 salários à filha que alegou abandono material e psicológico. Na sentença, o juiz considerou que “[...] a educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar e o afeto”⁷.

3.3 Outros direitos

Antes mesmo do advento da atual Constituição Federal e da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Brasil já havia ratificado, em 1984, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher⁸. O artigo 5º da Convenção prevê, entre outros direitos, que os estados-partes tomarão todas as medidas apropriadas para garantir que a educação familiar inclua a compreensão da maternidade como função social.

O direito à convivência familiar encontra-se em vários documentos, a exemplo do Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos, artigo 16, e da Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 9º, o qual foi além ao exemplificar casos em que a separação se impõe. Ainda no mencionado artigo está o direito da criança à manutenção das relações pessoais e contato direto, em caso de separação de um ou ambos os pais. Internamente, a convivência familiar está resguardada na Constituição Federal, no *caput* do artigo 227. No Código Civil, nos artigos 1.583 a 1.590 e 1.630 a 1.638, encontra-se tal proteção diante da separação. No Estatuto da Criança e do Adolescente, os artigos 19 a 52 tratam da convivência familiar e comunitária.

O repúdio à transferência ilegal de crianças para o exterior e sua retenção ilícita fora do país encontram previsão no artigo 11.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança e na Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores⁹. Já quanto ao seqüestro, venda ou tráfico de crianças, a disciplina está no artigo 35 da Convenção sobre os Direitos da Criança e nos seguintes documentos internacionais: Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores¹⁰. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Seqüestro Internacional de Crianças¹¹ e Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças¹².

Quanto à não-discriminação, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, em seu artigo 24.1, possui a seguinte redação: “Toda criança terá direito, sem distinção alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no artigo 10.3, além da proteção independentemente da filiação, dispõe contra a exploração econômica e social, atentando, entre outros, para a punição,

por lei, do emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde, e determina o dever de estabelecimento de idade mínima para o trabalho. No mesmo sentido, a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo. 32.1, vai além para proibir o desempenho de qualquer trabalho perigoso ou que possa interferir em sua educação. Citam-se, ainda, a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146 (Complemento) da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima necessária para a Admissão ao Emprego¹³. Em conformidade, a Constituição Federal trata do assunto no artigo 7º, inciso. XXXIII, e no artigo 227, § 3º, que, entre outras disposições, no inciso III, prevê a garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola. Na CLT, os artigos 403, 404, 405, 433, entre outros, pormenorizam tal direito. No Estatuto da Criança e do Adolescente, a disciplina está nos artigos 60 a 69, com ênfase no artigo 66, que prevê a proteção do trabalho aos portadores de necessidades especiais.

O artigo 17 da Convenção sobre os Direitos da Criança preocupa-se com os meios de comunicação de massa e com o acesso às informações. No que concerne à liberdade de opinião, o artigo 12.1 dispõe sobre o direito de expressar suas opiniões livremente a respeito de todos os assuntos relacionados com a criança, desde que capacitada a formular juízos próprios e levando-se em conta, nas opiniões, a idade e maturidade da criança e, no item seguinte, o direito de ser ouvida diretamente ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado em todo processo judicial ou administrativo que a afete. Já o artigo 13.1 trata da liberdade de expressão, e o 14.1, da liberdade de pensamento, de consciência e de crença.

A vida privada das crianças encontra proteção no artigo 16.1 da mesma Convenção ao trazer o direito de “[...] não ser objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.”

No artigo 19.1 da Convenção, há proteção contra violência física e mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive

abuso sexual. Internamente, na Constituição Federal, os artigos específicos são o 226, § 8º, e o 227, § 4º. Em conformidade, o Estatuto da Criança e do Adolescente tratou do assunto de forma pormenorizada, nos seguintes artigos: 5º, 13, 18, 56, 87, 98, 130, 232 e 245. O artigo 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança refere-se à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes¹⁴, o que é objeto de tratados internacionais específicos, a saber: a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁵ e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura¹⁶. Internamente, a disciplina está na Constituição Federal, artigo 5º, XLIII e, no plano infraconstitucional, na Lei n. 9.455/97.

O artigo 40, 1 a 4, da Convenção sobre os Direitos da Criança dispensou tratamento específico para os infratores das leis penais e, especialmente no item 3 “a”, dispõe sobre o estabelecimento de uma idade mínima, antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais. A idade de 18 anos (assunto que está em discussão) é prevista pelo artigo 228 da Constituição Federal, pelo artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo artigo 27 do Código Penal.

No direito internacional, a adoção é disciplinada pelo artigo 21 da Convenção sobre Direitos da Criança, pela Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores¹⁷ e Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional¹⁸. No âmbito do direito interno, as diretrizes constitucionais para a adoção encontram-se no artigo 227, § 5º. O Estatuto da Criança e do Adolescente trata da questão nos artigos 39 a 52.

Quanto aos portadores de necessidades especiais, além dos dispositivos já apontados, citem-se o artigo 23 da Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência e, na Constituição Federal, o artigo 227, § 1º, II, § 2º.

Enfim, acerca da obrigação alimentar, cita-se a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar¹⁹.

São esses, entre tantos, os direitos escolhidos para demonstrar, de forma exemplificativa, a quantidade de instrumentos legais que tratam da criança e do adolescente e evidenciar que, embora específicos sujeitos de direitos, sua proteção não se encontra apenas na legislação elaborada com exclusividade, mas, sim, por todo o ordenamento jurídico.

4 Considerações finais

O desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social da criança e do adolescente é a condição peculiar para serem considerados específicos sujeitos de direitos e, portanto, receptores de uma proteção especial com prevalência dos seus interesses.

A proteção jurídica destinada a esses seres em condição peculiar de desenvolvimento – que se inicia com a concepção e tem seu termo aos 18 anos, excepcionalmente aos 21 anos – encontra-se por todo o ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos.

No Brasil, com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, que acrescentou o §3º ao artigo 5º, ficou assente a distinção entre tais tratados e os demais e, por isso, receptores de *status* hierárquico superior, igualando-os às emendas constitucionais. Mesmo ainda sem tal previsão expressa, já havia entendimento doutrinário e jurisprudencial a esse respeito, ainda que minoritário.

Nesse sentido, defende-se que todos os tratados mencionados neste estudo possuem hierarquia constitucional com todas as conseqüências que disso advêm. Os argumentos para tal posicionamento não comportariam nessas considerações finais, restando tão-somente enfatizar, ainda que em síntese apertada e seguindo as lições de Antonio Augusto Cançado Trindade, de Flávia Piovesan, de Maria Garcia, de Valério de Oliveira Mazzuoli, entre outros, que tais instrumentos foram submetidos a solene e

diferenciado processo de elaboração, tratam de direitos materialmente constitucionais, portanto recebidos pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal – considerado como cláusula constitucional aberta – e há responsabilização internacional por seu não-cumprimento. Nesse sentido, já existe julgado (STJ: “RHC 18799 / RS; Relator: Ministro José Delgado – 1105- Primeira turma”. Data do julgamento: 09/05/2006).

Enfim, para que o arcabouço legal destinado à proteção da criança e do adolescente seja efetivamente observado, imprescindível a adoção de políticas públicas, isso porque essas políticas, com o devido acompanhamento e avaliação de seus efeitos e sob os princípios da constitucionalidade e da legalidade, é que recebem o encargo de viabilizar a proteção e a defesa de nossas crianças e adolescentes.

The children and adolescents legal protection and its normative source



This article aims to emphasize that, in order to reach social justice as one of the objectives of the Democratic State of Law, it is indispensable the promotion and the guarantee of universal human rights with the recognition of peculiarities of certain subjects, among them: children and adolescents. The recognition of children and adolescents peculiarities allows considering them as specific subjects of rights and has already been established in several national and international statutes, not only in specific and directly instruments designated for those subjects, like the Child and Adolescent Statute. Thus, to assure the accomplishment of these rights, it is necessary to observe the legal system as a whole. This is what the present study intends to demonstrate, emphasizing, without the pretension of exhausting the discussion, the children and adolescents main rights in several internal and international legal instruments.

Key-word: Children and adolescents. Human Rights. Internal and international legal systems. Legal protection. Peculiar condition of development.

Notas

- 1 Adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 nov. 1989, ratificada pelo Brasil, em 24 set. 1990.
- 2 Novos sistemas regionais estão surgindo, como o árabe e o asiático.
- 3 Adotada em San José da Costa Rica, em 22 nov. 1969, ratificada pelo Brasil, em 25 set. 1992.
- 4 Adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 nov. 1989, ratificada pelo Brasil, em 24 set. 1990.
- 5 Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 dez. 1966, ratificado pelo Brasil, em 24 jan. 1992.
- 6 Adotado pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 17 nov. 1988, aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 56, de 19 abr. 1995, e ratificado pelo Brasil, em 21 ago. 1996.
- 7 Tribuna do Direito, jan. 2006.
- 8 Adotada pela Resolução 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 18 dez. 1979, ratificada pelo Brasil, em 1º fev. 1984.
- 9 Adotada em Montevidéu, em 15 jul. 1989, e promulgada internamente pelo Decreto n. 1.212, de 3 ago. 1994, publicado no Diário Oficial da União de 4 ago. 1994.
- 10 Adotada no México, em 18 mar. 1994, e promulgada internamente pelo Decreto n. 2.740, de 20 ago. 1998, publicado no Diário Oficial da União de 21 ago. 1998.
- 11 Adotada em Haia, em 25 out. 1980, e promulgada internamente pelo Decreto n. 3.413, de 14 abr. 2000, publicado no Diário Oficial da União de 17 abr. 2000.
- 12 Adotado em Nova York, em 15 nov. 2000, e promulgado internamente pelo Decreto n. 5.017, de 12 mar. 2004, publicado no Diário Oficial da União de 15 mar. 2004.
- 13 Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, convocada, em Genebra, pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho e reunida em 6 jun. 1973. Decreto Legislativo n. 179, de 14 dez. 1999. Decreto n. 4.134, de 15 fev. 2002, publicado no Diário Oficial da União de 18 fev. 2002.
- 14 Adotada pela Resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 dez. 1984, e ratificada pelo Brasil, em 28. set. 1989.
- 15 Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 dez. 1984, e aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo 4, de 23 maio 1989.
- 16 Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 jun. 1994, e ratificada pelo Brasil, em 27 nov. 1995.
- 17 Adotada em La Paz, em 24 maio 1984, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 60, de 19 jun. 1996, e ratificada pelo Brasil, em 8 jul. 1997. Foi promulgada pelo Decreto n. 2429, de 17 dez. 1997.
- 18 Adotada em Haia, em 29 maio 1993, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n. 1, de 14 jan. 1999 e ratificada pelo Brasil, em 10 mar. 1999. Foi promulgada pelo Decreto n. 3.087, de 21 jun. 1999, publicado no Diário Oficial da União de 22 jun. 1999.

19 Adotada em Montevidéu, em 15 jul. 1989, e ratificada pelo Brasil em 11 ago. 1997.
Decreto Legislativo n. 1, de 28 fev. 1996. Decreto n. 2.428, de 17 dez. 1997, publicado no
Diário Oficial da União de 18 dez. 1997.

Referências

BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei 8.069/1990. Brasília, DF, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal. Coimbra: Almedina, 1998.

MAZZUOLI, V. de O. *Coletânea de direito internacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, C. D. de A. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, F. *Pobreza como violação de Direitos Humanos*. 4ª RBDC: A contemporaneidade dos direitos fundamentais. Escola Superior de Direito Constitucional: São Paulo, 2004.

PUGLIESI, M. *Por uma teoria do direito. Aspectos micro-sistêmicos*. São Paulo: RCS. 2005.

RODAS, J. G. *Tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SOUSA SANTOS, B. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. In: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VIEIRA, O. V. A gramática dos Direitos Humanos. *Revista do Ilanud* São Paulo, n. 17, 2001.

SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

recebido em 19 maio 2006 / aprovado em 31 ago. 2006

Para referenciar este texto:

FIGUEIREDO, P. C. A proteção jurídica da criança e do adolescente e sua fonte normativa. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 309-326, 2006.