

UMA NOVA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA CRIANÇA À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Paula De Sousa Constante¹
Raquel Lima De Abreu Aoki²
Tatiana Ribeiro De Souza³
William Ken Aoki⁴

Resumo: O presente artigo tem por objetivo contribuir para uma reflexão acerca da importância dos Direitos da Criança, como integrante do rol de direitos humanos, bem como analisar os instrumentos normativos que são utilizados para a proteção da criança em face da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, mostra-se necessária a revisão conceitual de criança, à luz do direito internacional. Esse artigo aborda, principalmente, os aspectos de natureza jurisprudencial e, para isso, utiliza o método indutivo, associado à pesquisa comparada em face da Corte Europeia de Direitos Humanos. É feita, também, uma análise da relevância do princípio do interesse superior da criança, como fundamento basilar dentro de um sistema que utiliza um amplo *corpus iuris*, ou seja, a proteção integral. Além disso, o artigo vislumbra também a análise das garantias e proteções judiciais em relação à criança, bem como o princípio da igualdade em relação a essas. Por fim, verifica que a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende a criança como sujeito de direitos e preza pela interação entre os instrumentos de proteção regionais e globais.

Palavras - chave: Direitos da Criança. Direitos humanos. Proteção integral à criança.

Abstract: The purpose of this paper is to contribute to a reflection about the importance of children's rights as a member of the list of human rights, as well as analyze the regulatory instruments that are used for child protection in the face of Inter-American Court of Human Rights. For this it seems necessary the conceptual child review in the light of international law. This paper mainly discusses the jurisprudential aspects of nature and for this we use the inductive method, associated with comparative research in the face of the European Court of Human Rights. We analyze the relevance of the principle of best interests of the child, as basic foundation within a system that uses a large *corpus juris*, such as full protection. In addition, the article also envisages the analysis of judicial guarantees and protections in relation to the children, as well as the principle of equality in relation to these. Finally, we found that the Inter-American Court of Human Rights has the child as subject of rights and values the interaction between regional and global instruments.

Keywords: Rights of the Child. Human rights. Full protection to child.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como objeto de estudo a análise sobre os Direitos da Criança e seu liame com o princípio do interesse superior da criança e da igualdade, esta última prevista no artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, sob a ótica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e de algumas jurisprudências da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A criança é de suma relevância para a construção da sociedade. O direito da criança sempre esteve ligado aos ditames de seus genitores, contudo, um novo entendimento acerca desse direito surgiu com a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Diante disso, mostra-se necessário analisar os instrumentos utilizados para a compreensão dos Direitos da Criança, tanto no Sistema Interamericano como no Sistema Global de Proteção.

Neste artigo, vamos analisar a proteção integral à criança, a qual é reconhecida como sujeito de direitos e dotada de consciência própria o que é fundamental para o desenvolvimento de suas potencialidades mentais.

Em um segundo momento, serão analisadas as garantias judiciais em relação às crianças e como estas devem ser utilizadas, segundo a teoria da desigualdade real. Por fim, apresentaremos o liame entre o Sistema Interamericano e o Sistema Universal de Direitos Humanos, ambos atuantes na tutela dos direitos humanos.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS CRIANÇAS NO DIREITO INTERNACIONAL

O primeiro documento relativo aos Direitos da Criança foi a Convenção de Genebra de 1924, criada pela União Internacional para proteger a infância⁵. Esse instrumento reconhece que a comunidade internacional deve dar o melhor de si mesma para as crianças e, além disso, não deve realizar diferenciações concernentes à raça, à nacionalidade ou à crença. *Ab Initio*, a Convenção de Genebra declarava alguns direitos relativos às crianças, contudo, não as colocava como sujeito de direitos, mas como objeto de proteção do Estado. Ademais, este documento, também, não possuía força coercitiva em relação aos Estados. Faz-se mister salientar que a Convenção de Genebra surgiu a partir do pós Segunda Guerra Mundial, como resposta aos horrores cometidos durante o nazismo, o qual dizimou um enorme contingente de crianças⁶. Logo, é nesse cenário que se reconhece o direito das crianças e, além disso, se elaboram vários instrumentos

de proteção. Diante das catástrofes ocorridas pós-guerra, os direitos humanos são reconhecidos pela sociedade como fundamentais. Segundo expressa Flávia Piovesan:

No momento que os seres humanos tornam-se supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como o paradigma de reestruturar a lógica do razoável. (PIOVESAN, 2006, p.13).

A partir da Convenção de Genebra, houve um crescimento exponencial dos instrumentos de proteção em relação às crianças, pois no século 20, foram realizados cerca de 80 instrumentos aplicáveis às crianças⁷. Dentre todos os documentos elaborados, destacam-se as Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da Justiça dos Menores⁸; a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1959; o Convênio 138 e a Recomendação 146 da Organização Internacional do Trabalho e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A NATUREZA DOS INSTRUMENTOS DO SISTEMA INTERAMERICANO

Os instrumentos de caráter geral de proteção às crianças, que se aplicam dentro da jurisdição dos Estados membros da OEA, são a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

Nesse diapasão, a Declaração Americana versa em seu artigo VII: "Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactância, assim como toda criança, tem direito à proteção, cuidados e ajudas especiais".

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos contém 26 artigos relativos a direitos, os quais se aplicam em sua integralidade para a proteção dos Direitos da Criança. A Convenção Americana de Direitos Humanos como uma forma de resguardar o direito da criança, ainda, prevê disposições específicas a esse grupo.

Nesse sentido, a Convenção sobre Direitos Humanos, em seu artigo 19, determina o âmbito de proteção especial dos direitos humanos das crianças, regulando as obrigações especiais por parte do estado, conforme expressa: "toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por sua família, pela sociedade e pelo Estado".

Ressalte-se que observamos tanto no sistema universal de proteção aos direitos das crianças na ONU, como no sistema regional interamericano, uma gradativa evolução no

espectro protetivo, e, também, na mudança de postura dos Estados no que tange ao nível de obrigatoriedade das normas jurídicas na matéria. Inicialmente, as normas sobre direitos das crianças foram inseridas em normas de “*soft law*”, normas de caráter não obrigatório, mas com conteúdo ético e moral relevante. Em um segundo momento, observamos a inserção de normas protetivas em “*hard law*”, obrigatórias aos Estados, na sua grande maioria tratados internacionais.

CONCEITO DE CRIANÇA

PARA O DIREITO

INTERNACIONAL

O artigo primeiro da Convenção sobre os Direitos da Criança, doravante CDC, define o conceito de criança dizendo: “*todo ser humano menor de dezoito anos*”. Logo, é essa normativa de forma objetiva na idade que estabelece o conceito de criança.

Portanto, alguns pontos devem ser salientados: primeiro, a conceituação não é absoluta, pois a própria CDC prevê a possibilidade de alcance de maioridade antes de completar os dezoito anos de idade⁹; segundo, a Convenção não estabelece uma excepcionalidade em relação à extensão para que uma pessoa possa ser considerada criança. Entretanto, o Comitê sobre os Direitos da Criança assinalou que o artigo primeiro estabelece uma idade referência máxima geral de 18 anos.

Isso posto, existe um consenso em relação à criança ser considerada como toda pessoa menor de 18 anos, entretanto, essa idade não se relacionada com a idade para a imputabilidade penal. Esta é determinada pelo Estado de acordo com a realidade social.

Outros instrumentos também definem o conceito de criança como a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho sobre as piores formas de trabalho infantil, a qual estabelece em seu artigo 2 que a definição de criança é “toda pessoa menor de 18 anos”.

CONCEITO DE CRIANÇA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Não existe no âmbito interamericano definição do conceito de criança. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem somente estabelece que deva existir uma proteção para a criança, contudo, não estabelece quem são os detentores dessa proteção, ou seja, não determina uma faixa etária que seria o liame entre a criança e o adulto.

A Convenção Americana, também, não versa acerca do conceito e do âmbito de proteção.

O primeiro documento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que versa expressamente de forma clara e objetiva sobre os Direitos da Criança, foi a Opinião Consultiva número 17. Essa norma jurídica que tem natureza de jurisprudência, conforme artigo 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou seja, é fonte normativa do direito internacional, surgiu após a necessidade de se identificar e limitar o poder do Estado para atuar em relação às crianças¹⁰, bem como a necessidade de se manifestar expressamente acerca do tema.

Contudo, mesmo tendo se manifestado sobre os Direitos da Criança, a Corte Interamericana não estabelece o conceito de criança, contudo, afirmou que o conceito utilizado pela mesma é o presente na Convenção dos Direitos da Criança, logo, o fixado de acordo com a faixa etária.

É importante fazer uma análise conceitual conforme o já estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Velásquez Rodrigues, em que a interpretação dos direitos humanos deve ser pautada pelo princípio “*Pro homine*”, ou seja, deve ser escolhida, entre as diversas interpretações cabíveis em normas de conteúdo polisêmico, aquela que seja a mais favorável e que garanta a máxima efetividade e eficácia dos direitos humanos.

Lembremos que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no julgamento da ADPF 186¹¹, que analisou a questão das cotas raciais e políticas públicas, ressaltou que “o conceito de minoria não seria apenas numérico, mas, ao revés, apoiar-se-ia na noção de vulnerabilidade, como nas discriminações de gênero”. As crianças são nitidamente uma minoria, apoiada em sua vulnerabilidade física, psicossocial, econômica, biológica, reconhecida nos diversos instrumentos normativos internacionais.

Portanto, adotando-se o critério etário da CDC, observamos que, dessa forma, garantir-se-á a máxima proteção às crianças, mais que outros critérios utilizados por alguns Estados, que reduzem a idade analisando-se a sua suposta capacidade intelectual ou desenvolvimento físico.

A PROTEÇÃO INTEGRAL EM RELAÇÃO À CRIANÇA E O “CORPUS IURIS”

O CORPUS IUS DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS

A Convenção sobre o Direito das Crianças foi aprovada em 1889. A partir daí, os Estados iniciaram um processo

de adequação de sua legislação interna à luz da doutrina da proteção integral em face da criança. Essa doutrina preleciona que as crianças, como seres vulneráveis, devem ter garantida a sua proteção integral. Entretanto, a Convenção sobre os Direitos das Crianças não consiste no único objeto legislativo para proteger os direitos das crianças; em relação à proteção destas, temos um “*corpus iuris*” de proteção internacional, a fim de garantir a efetivação de seus direitos.

O conceito de “*corpus iuris*” significa que existe um conjunto de normas fundamentais que se encontram vinculadas com o fim de garantir os direitos humanos das crianças. A Corte IDH afirma, reiteradamente, que há convenções, tratados, resoluções e declarações que formam esse rol de instrumentos protetivos¹². Esse “*corpus iuris*” é o resultado da evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos em matéria de crianças, que engloba tanto normas de “*hard law*” como também de “*soft law*”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que existe um “*corpus iuris*” de direito internacional de proteção aos direitos das crianças, do qual fazem parte a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que deve ser utilizado como fonte para estabelecer os alcances e as amplitudes das obrigações assumidas pelo Estado através do artigo 19 da Convenção Americana¹³.

Entretanto, o marco de proteção dos direitos das crianças não se esgota apenas ao artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos e na Convenção sobre os Direitos das Crianças, mas em diversos outros instrumentos de interpretação, dentre eles, as Declarações da Criança de 1924 e 1959, a Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1989, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração de Justiça de Menores, Regras sobre Medidas Não Privativas da Delinquência Infantil, e outros instrumentos de caráter geral.

Em todos os casos que a Corte se pronuncia em relação aos Direitos das Crianças, ela leva em conta o “*corpus iuris*” e estabelece assim:

Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entro en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en matéria de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entro en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana Forman parte de un muy comprensivo corpus iuris Internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar¹⁴.

Nesse sentido, é possível a utilização de instrumentos regionais e globais para a interpretação dos direitos das crianças, a fim de cumprir o estabelecido no artigo 19 da Convenção Americana. Adota-se o entendimento pela indivisibilidade dos direitos humanos das crianças, em uma noção de que todos os tratados e instrumentos internacionais aplicam-se na sua esfera tutelar.

DA DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Quando tratamos do *corpus iuris* em relação aos Direitos da Criança, estamos versando sobre a doutrina da proteção integral. A doutrina da proteção integral abandona a ótica de que a criança é, apenas, sujeito passivo de proteção, mas entende a mesma como sujeito pleno de direitos. Desta feita, deixa de lado o entendimento de que as crianças são incapazes de assumir responsabilidades por suas ações¹⁵.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças reconhece a criança como sujeito e confere um papel principal na construção de seu próprio destino. Além disso, todo o meio social deve estar atento à condição humana, pois o meio social que se descuida de suas crianças não possui futuro¹⁶. É com o intuito de resguardar o direito das crianças e o eventual futuro das mesmas e da sociedade, que surge, segundo Antonio Augusto Cançado Trindade, a teoria da proteção integral em relação às crianças, a qual esta relacionada com o *corpus iuris*.

Nesse sentido, a proteção integral se embasa em 3 pilares fundamentais em relação à proteção das crianças, sendo eles: a) interesse superior da criança¹⁷; b) entender a criança como sujeito de direitos; e c) exercícios dos direitos fundamentais.

DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA

O interesse superior da criança é a premissa basilar para a interpretação, integração e aplicação da normativa referente à proteção da criança. Nesse mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda em la dignidad misma del ser humano, em las características próprias de los niños, e en la necesidad de propiciar El desarrollo de éstos, com pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸.

Esse princípio regulador da normativa dos direitos das crianças, além de se fundar na dignidade da pessoa humana, propicia o desenvolvimento destes com pleno aproveitamento de suas capacidades e corrobora com a própria natureza e os alcances da Convenção sobre os Direitos da Criança, cuja função precípua é a proteção da criança levando em conta o respeito à dignidade da pessoa humana. O princípio 2 da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, ainda nesse sentido, estabelece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con esse fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño¹⁹.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 3, reitera a utilização do interesse superior da criança, conforme *expressa* “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas a los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

O Princípio do Interesse Superior da Criança nos possibilita proporcionar condições mínimas para uma vida digna, ensejando, assim, o aproveitamento pleno do potencial da criança²⁰.

Em igual sentido, o princípio 7 da Declaração dos Direitos das Crianças de 1959 estabelece que “o interesse superior da criança deve ser o princípio reator de quem tem a responsabilidade de sua educação e orientação”. Nesse diapasão, o princípio 10 da Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento, adotada de 5 a 13 de setembro de 1994, na capital do Egito, Cairo, corrobora com o entendimento do interesse superior da criança. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para utilizar os instrumentos de proteção, faz-se necessário analisar a situação específica de cada situação quando se trata de criança, segundo a Corte Interamericana.

É importante salientar que a Corte Europeia de Direitos Humanos também utiliza em seus julgados o princípio do interesse superior da criança a fim de analisar as situações que envolvem crianças, segundo a mesma afirma: “qualquer decisão relativa às crianças deve estar justificada pelo interesse da criança”²¹.

Por último, cabe ressaltar que, para garantir a prevalência dos interesses da criança, conforme previsto no preâmbulo da Declaração de Genebra esta requer cuidados especiais²² e no artigo 19 da Convenção Ame-

ricana de Direitos Humanos, deve receber “as medidas especiais de proteção”. O interesse superior da criança deve ser analisado em cada situação fática e levar em conta a sua fraqueza, imaturidade e inexperiência²³ de cada criança.

A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS

Durante muito tempo, a criança foi vista como objeto de proteção. Só em meados do século XX, com a articulação do “*corpus iuris*” de Direitos da Criança é que esta passa a ser concebida como um verdadeiro sujeito de direito. Isto ocorreu, principalmente, com o impacto da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, assim como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça dos Menores de 1985 e dos tratados gerais de direitos humanos.

Desta forma, o direito das crianças depreendeu-se da antiga visão romana e da concepção da indissolubilidade do patrimônio presente no direito canônico. Após a construção do entendimento da criança como sujeito, o direito de família também sofreu suas alterações, afirmando que o fundamento da autoridade parental deve guiar-se de acordo com o interesse superior da criança adquirindo, assim, autonomia própria²⁴.

A criança passa, assim, a ser tratada como sujeito de direito, reconhecida sua personalidade própria, diversa da dos seus genitores²⁵. Além disso, o direito existe para o ser humano, e é ele que garante aos indivíduos seus direitos e o respeito de sua personalidade.

A APLICAÇÃO DAS GARANTIAS E PROTEÇÃO JUDICIAIS EM RELAÇÃO ÀS CRIANÇAS

Uma dúvida que pairava em torno do direito das crianças era se os artigos 8²⁶ e 25²⁷ da Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH, aplicavam-se às crianças.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante Corte, tem entendido que o artigo 8 da CADH tem a função de proteger, assegurar e fazer valer a titularidade e o exercício de um direito²⁸, além disso, estabelece os requisitos que devem ser observados pelas instâncias processuais. E de acordo com o entendimento da Corte, as normas previstas no artigo 8 são aplicáveis em todos os casos, inclusive, nos relacionados aos direitos das crianças²⁹.

Em contrapartida, o artigo 25 da CADH versa sobre o direito de alcançar a tutela judicial dos direitos humanos, ou seja, a efetiva prestação jurisdicional em sede recursal³⁰.

Nesse sentido, o ex-Juiz da Corte Antônio Augusto Cançado Trindade afirma que as garantias previstas nos artigos 8 e 25 da Convenção se complementam, visto sobre o panorama do Estado de Direito em uma sociedade democrática³¹, desta feita, ambos devem ser analisados conjuntamente. A Corte ainda expressa:

Os artigos 8 e 25 da Convenção reconhecem todas as pessoas como iguais, e devem relacionar-se com os direitos específicos que estatul, ademais, o artigo 19, de forma que se reflete em qualquer processo administrativo ou judicial em que se discuta o direito da criança³².

O Estado tem a obrigação, de acordo com entendimento consolidado na Corte, de reconhecer e respeitar os direitos e liberdades de cada pessoa humana, bem como proteger e assegurar o seu exercício utilizando meios idôneos para que os mesmos sejam efetivos.

Ao aplicar os artigos 8 e 25, deve-se levar em consideração que as condições nas quais estão inseridas, as crianças são diferentes dos adultos, desta forma, é indispensável reconhecer e respeitar as diferenças de tratamento que correspondem às diferenças de situação das pessoas que participam do procedimento.

Os direitos processuais e suas garantias são aplicáveis a todas as pessoas, contudo, no caso das crianças, é necessário analisar as condições especiais em que se encontram as crianças e adotar certas medidas específicas com o propósito de que se efetivem verdadeiramente os seus direitos e as garantias.

A fim de efetivar as garantias previstas nos artigos 8 e 25, é necessário, também, analisar a situação fática e verificar o fator de desigualdade real de cada criança, segundo expressa a Corte:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdade real de quienes son llavados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdade real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir los obstáculos y deficiências que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los próprios intereses. Si no existieran esos médios de compensación, ampliamente reconocidos em diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran em condiciones de desventaja disfrutan de um verdadero acceso a la justicia y se benefician de um debido proceso

legal em condiciones de igualdad com quienes no afrontan esas desventajas³³.

A análise da desigualdade real deve ser utilizada conjuntamente com as garantias judiciais, conforme o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, resguardadas para todo o ser humano. Desse modo, deve-se garantir à criança um devido processo legal pautado na legalidade, na publicidade, a existência de um juiz natural, duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa e, ainda, quando possível, o acesso a uma justiça alternativa. Essa última tem por base a desjudicialização dos processos em relação às crianças, principalmente, devido ao efeito estigmatizador que causa a todos os seres humanos e, inclusive, às crianças na fase de desenvolvimento de suas potencialidades.

Além disso, em atenção às crianças, o Estado deve possuir pessoal especializado, instalações suficientes, meios idôneos e experiência comprovada neste tipo de tarefa. Ressalte-se que a Corte estabeleceu que, nos procedimentos penais imputáveis a menores, devem existir órgãos jurisdicionais especializados para cuidar das demandas da criança³⁴.

Nesse sentido, o artigo 40 da Convenção sobre os Direitos da Criança assinala, em seu inciso 3, que os Estados "tomaram todas as medidas apropriadas para promover o estabelecimento de leis e procedimentos, autoridades e instituições específicos para as crianças, as quais infligiram as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpadas de haver infringido essa leis".

Todas essas garantias têm como escopo garantir o pleno desenvolvimento da criança, resguardando-as com uma proteção e cuidados especiais. E, além disso, protegendo-as contra a arbitrariedade do Estado.

A APLICAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE EM RELAÇÃO ÀS CRIANÇAS

O direito à igualdade está previsto no artigo 24 da Convenção Americana, e como exposto anteriormente pela análise da desigualdade real, ele é utilizado em relação aos Direitos da Criança. A existência desse direito é postulado básico da Democracia e deve ser analisado sobre dois enfoques que são: o formal e o material.

De acordo com a Corte, a noção de igualdade se depreende diretamente da unidade de natureza de gênero humano sendo inseparável da dignidade da pessoa, frente a qual é incompatível toda situação que, por considerar um determinado grupo superior, conduza a tratamento com

privilégio, ou ao inverso, por considerar inferior, o trate com hostilidade de qualquer forma³⁵.

A igualdade é legitimada no que tange aos direitos das crianças quando há um tratamento diferenciado³⁶, pautado na discriminação positiva, pois, de acordo com o entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos, nem toda discriminação de tratamento pode ser considerada ofensiva por si mesma à dignidade da pessoa humana, e só há discriminação quando existe uma distinção que carece de justificativa objetiva e razoável³⁷. As crianças possuem os direitos correspondentes a todos os seres humanos e têm, além disso, direitos especiais derivados de sua condição, os quais permitem o cabal exercício dos direitos reconhecidos à criança e, por isso, é possível a utilização da discriminação positiva.

Desta feita, a Convenção reconhece como fundamental o direito à igualdade e não discriminação e proíbe todo tratamento discriminatório de origem legal.

Nesse sentido, a Corte afirma, "não existe discriminação por razão de idade ou condição social em que a lei limita o exercício da capacidade civil a quem, por ser menor ou não gozar de saúde mental, não estão em condições de exercê-la sem risco de seu próprio "patrimônio"³⁸. O Comitê de Direitos Humanos assinalou:

De acuerdo con el Pacto, debe otorgarse protección, a los niños sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. El Comité observa a este respecto que, mientras que la no discriminación en el disfrute de los derechos previstos en el Pacto se deriva también, para los niños, del artículo 2 y su igualdad ante la ley, del artículo 26, la cláusula nos discriminatória del artículo 24 se refiere de manera concreta a las medidas de protección previstas en esta disposición³⁹.

Os instrumentos de proteção internacional têm como objetivo resguardar o desenvolvimento harmonioso da personalidade da criança. É importante salientar que as crianças possuem todos os direitos correspondentes dos seres humanos e possuem outros, como já expresso, que levam em conta a situação de vulnerabilidade em que se encontram.

Por fim, a discriminação positiva realizada em favor da criança não é discriminatória, mas permite o cabal cumprimento dos direitos em relação a estas, pois consiste na verificação de cada situação apresentada. A discriminação positiva está relacionada à desigualdade real em que algumas crianças se encontram, contudo, a discriminação tem uma fundamentação objetiva e uma justifica-se mais que razoável, vez que surge para garantia dos direitos humanos inerentes às crianças, as quais são sujeito de direito na ótica do direito internacional.

RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA INTERAMERICANO E O SISTEMA UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO ÀS CRIANÇAS

Tendo em vista que até o presente momento tratamos da temática do direito da criança sob a ótica da proteção integral, logo, englobando a teoria do *corpus iuris* em relação aos Direitos da Criança, faz-se necessário enfatizar qual é a relação existente entre o Sistema Interamericano e o Sistema de Direitos Humanos Global.

Os diferentes sistemas de direitos humanos se nutrem e se complementam mutuamente para proteger os direitos humanos de forma geral. E como ocorre essa interação? Através de mútuas referências na adoção de decisões internacionais, as quais são realizadas pela Corte, pela Comissão e pelo Comitê de Direitos Humanos. Essa interação tem fortalecido o sistema regional de proteção⁴⁰. Desse modo, incorporam-se ao sistema instrumentos como interpretação sobre os textos da Convenção sobre os Direitos da Criança e decisões adotadas pelo Comitê.

Essa interação entre distintos instrumentos para efetivar o direito da criança fortalece a defesa e a promoção dos direitos humanos. Nesse sentido, o Comitê afirmou:

Uma opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño sostiene que los Estados Partes en la Convención Americana de Derechos Humanos "tienen el deber...de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales"⁴¹.

Essa interação entre os instrumentos de proteção é essencial para o fortalecimento do *corpus iuris* de direito internacional e para o entendimento dos Direitos da Criança como sujeito de direitos.

Ressalte-se que, diferentemente de outros temas, em que há grande divergência internacional entre os Estados nos âmbitos e medidas de proteção dos Direitos Humanos, que se manifestam nas correntes do Universalismo e Relativismo Cultural, no que tange aos Direitos das Crianças, há uma rara convergência de entendimentos, o que manifesta do ponto de vista ético, moral e jurídico dos Estados da Nova Ordem Internacional o entendimento de que as Crianças merecem a sua efetiva proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Criança é reconhecida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos e pelos sistemas globais como sujeito de direitos, dotada de personalidade jurídico-internacional, na ótica do Direito Internacional. Muitos Países ratificaram a Convenção sobre os Direitos da Criança e mudaram sua legislação interna para se adequar às normas de proteção internacional em favor das crianças. A Corte Europeia de Direitos Humanos também comunga do mesmo entendimento, fazendo-nos concluir que a Sociedade Internacional caminha para o entendimento da importância das crianças para a construção da sociedade.

Fazendo uma análise dos Direitos da Criança e da hermenêutica jurisdicional construída pelos Tribunais Internacionais, em especial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e também pelas Organizações Internacionais, através das normas internacionais criadas, podemos chegar à rara conclusão de que hodiernamente há a manifestação da vontade de ampla proteção desses indivíduos. Esse contexto contrasta com a dura realidade de países, como o Brasil que, na prática cotidiana, ainda vivenciam questões como o trabalho infantil, a exploração sexual, e a violação de vários direitos das crianças. Retrato da necessidade premente de implementação de políticas públicas e de ações afirmativas por parte dos Estados que assumiram essa responsabilidade na efetivação material dos direitos humanos das crianças, que são ainda mais vulneráveis que as outras categorias de minorias de gênero, como mulheres, índios e negros.

Por fim, o princípio do interesse superior da criança, o respeito ao princípio da igualdade e o respeito às garantias judiciais são pressupostos básicos para a proteção da criança no cenário atual, dentre outros princípios gerais de direito, que devem ser tomados como pressupostos hermenêuticos na aplicação das normas jurídicas de proteção às crianças.

REFERÊNCIAS

Corte Interamericana de Direitos Humanos

- Asunto Chumimá respecto Guatemala. Resolução de 1 de agosto de 1991. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fundo. Sentença de 25 de novembro de 2000, Série C, n.70.
- Caso César Verduga Vélez Vs. Equador. CIDH, Relatório 18/02, Petição nº 12.274, Sentença de 27 de fevereiro de 2002.
- Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C, n. 112.
- Caso 19 Comerciantes. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, n. 109.
- Caso Acevedo Jaramillo. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C, n.144.

- Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá, Sentença 2 de fevereiro de 2001. Série C, n. 72.
- Caso Baena Ricardo y otros. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, n. 61.
- Caso Baldeón García. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, n.147.
- Caso Blake Vs. Guatemala. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C, n. 27.
- Caso Blanco Romero y otros. Sentença de 28 de novembro de 2005.
- Caso Cantoral Benavides. Sentença de 18 de agosto de 2001. Série C., 69.
- Caso Castillo Petruzi y otros Vs. Peru. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C, n. 52.
- Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C, n. 98.
- Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C, n. 151.
- Caso Comtero Aranguren y otros. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C, n.150.
- Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de setembro de 2009. Série C, n. 204.
- Caso das Niñas Yean y Bosico. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, n.130.
- Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, n. 124.
- Caso de La Comunidade Indígena Yakye Axa. Sentença de 17 de junho de 2005.
- Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Exceções preliminares. Sentença 7 de março 2005. Série C, n. 122.
- Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, n. 140.
- Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentença de 1 de julho de 2006. Serie C, n. 148.
- Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala. Fundo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C, n. 63.
- Caso de los "Niños de la Calle" Vs. Guatemala. Fundo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C, n. 63.
- Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentença de 5 de julho de 2004. Serie C, n. 109.
- Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 8 de junho de 2004. Serie C, n. 110.
- Caso Del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Exceções Preliminares. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C, n.172.
- Caso Escher y otros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 6 de julho de 2009.
- Caso Genie Lacayo. Sentença del 29 de janeiro de 1997. Serie C, n. 30.
- Caso Goiburú e outros. Sentença sobre Fundo. Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Serie C, n. 153.
- Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010 Série C, n. 219.
- Caso Gómez Palomino. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, n. 136.

- Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C, n. 94.
- Caso Ivcher Bronstein vs. Peru, Sentença 6 de fevereiro de 2001. Série C, n. 74.
- Caso Kimel vs. Argentina. Sentença de 2 de maio de 2008.
- Caso Maritza Urrutia. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C, n. 103.
- Caso Mirna Mack Chang. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, n.101.
- Caso Palmeras. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C. 90.
- Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentença de 31 de agosto de 2004.
- Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentença de 12 de novembro de 1997.
- Caso Tibi Vs. Ecuador. Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C, n. 114.
- Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentença de 27 de janeiro de 2009.
- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares. Julgamento em 26 de maio de 1987. Série C, n. ??????
- Caso Yvon Neptune Vs. Haiti. Sentença de 06 de maio de 2008.
- Caso Zambrano Vélez y Otros. Sentença de Fondo. Reparaciones e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007.
- Caso Loayza Tamayo Julgamento 27 de novembro de 1998.
- Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Exceções preliminares. Sentença 7 de março 2005. Série C, n. 122.

OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

- Opinião Consultiva OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A, n. 4 de 19 de janeiro de 1984.
- Opinião Consultiva OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Série A, n. 8 de 30 de janeiro de 1987.
- Opinião Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Série A, n. 11 de 10 de agosto de 1990.
- Opinião Consultiva OC 16/99 de 1 de Outubro de 1999. Série A, n. 16, de 01 de outubro de 1999.
- Opinião Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A, n. 17, de 28 de agosto de 2002.
- Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A, n. 18 de 17 de setembro de 2003.

OUTRAS AUTORIDADES

- v Comitê de Direitos Humanos de Nações Unidas, Comentário general o. 27 de 2 de novembro de 1999.
- Comitê de Direitos Humanos da ONU. Caso Faurisson v. França. U.N. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996).

NOTAS

- 1-Discente do curso de Direito, aluna de Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva.
- 2-Colaboradora da pesquisa, docente do Centro Universitário Newton Paiva.

3-Professora colaboradora da pesquisa, docente do Centro Universitário Newton Paiva.

4-Coordenador da pesquisa, docente do Centro Universitário Newton Paiva.

5-Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, 1924. Introdução.

6-<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>

7-Convenio Internacional del Trabajo Numero 16 relativo al Examen Médico Obligatorio de los Menores Empleados a Bordo de Buques (1921), Convenio Internacional de Trabajo número 58 por el que se fija la edad mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo (1936), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Convenio Internacional de Trabajo número 90 relativo al Trabajo Nocturno de los Menores en la Industria (1948), Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), Convención de Ginebra relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra (1949), Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949), Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954), Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero (1956), Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud (1956), Convenio Internacional de Trabajo número 112 relativo a la Edad Mínima de Admisión al trabajo de los Pescadores (1959), Declaración de los Derechos del Niño (1959), Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960), Convención para Reducir los Casos de Apatridia (1961), Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (1962), Convenio Internacional de Trabajo número 123 relativo a la Edad Mínima de Admisión al Trabajo Subterráneo en las Minas (1965), Convenio Internacional de Trabajo número 124 relativo al Examen Médico de Aptitud de los Menores para el Empleo en Trabajos Subterráneos en las Minas (1965), Declaración sobre el Fomento entre la Juventud de los Ideales de Paz, Respeto Mutuo y Comprensión entre los Pueblos (1965), Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer el Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (1965), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967), Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971), Convenio Internacional de Trabajo número 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo (1973), Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición (1974), Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado (1974) Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) (1977), Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II) (1977), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (1978), Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980), Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (1981), Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (1984), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) (1985), Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales en el País en que Viven (1985), Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y a la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional (1986), Convenio Internacional de Trabajo número 168 sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (1988), Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1988), Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989), y Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989), Convención sobre los Derechos Del Niño (1989), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990), Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1993), Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño en el Decenio (1990), Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño (1990), Directrices de las

Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (1990), Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (1990), Resolución sobre la Utilización de Niños como Instrumento para las Actividades Delictivas (1990), Resolución sobre los Derechos de los Niños (1993), y Declaración y Programa de Acción de Viena (1993).

8-Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (en adelante "Reglas de Beijing"). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, Quinta Parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios.

9-Comité de Derechos Humanos, Observación General 17, Os Direitos da Criança Direitos da Criança, 07/24/1989, par.4.

10-Voto Concurrente Razonado Del Juez Sergio García Ramírez a La Opinión Consultiva OC-17, sobre "Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño", Del 28 de agosto de 2002.

11-ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26.4.2012.

12-Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular em el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Série A, n.16, par.115.

13-Corte IDH. **Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de La Calle)**. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Série C, n.63, par.194.

14-Corte IDH. **Caso Instituto de Reeducación del Menor**. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Série C, n.112, par.148; **Caso de los Niños de la Calle**. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Série C, n.63, par.194. 15-OC-PG15

16-Voto Concurrente Del juez A.A. Cançado Trindade na Opinión Consultiva nº5.

17-Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-17/02* de 28 de agosto de 2002. Série A, n.17, par.56,60 e 61.

18-Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança**. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A, n.17, par. 56.

19-Tradução livre: A criança gozará de uma proteção integral e disporá de oportunidades e serviços, dispensado todo ele por lei e outros meios, para que possa se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com essa finalidade, a consideração fundamental é que se atende ao princípio do interesse superior da criança.

20-Corte IDH. **Opinión Consultiva OC-17/02** de 28 de agosto de 2002. Série A, n.17, par. 74.

21-Corte EDH. **Caso of T.and K v. Finland**, julgamento de 12 de julho de 2001, par 168; **Caso Scozzari and Giunta v.Italy**, Julgamento de 11 de julho de 2000, par.148; **Caso Olsson v. Sweden**, julgamento de 24 de março de 1998, par.72.

22-Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança. Declaração sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959; Declaração Universal dos Direitos Humanos; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigos 23 e 24; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 10.

23-Corte IDH. **Opinión Consultiva OC-17/02** de 28 de agosto de 2002. Série A, n.17, par. 60.

24-YOUT, Dominique. **Penser les droits Le l'enfant**. Paris, PUF, 2002, p.18-27.

25-Voto Concurrente Del Juez A.A. Cançado Trindade na Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A, n.17, par. 41.

26-Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza; 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação

formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

27-Artigo 25º - Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais; 2. Os Estados Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

28-Corte IDH. Opinión OC-8/87 de janeiro de 1987. Série A, n. 8, par. 25.

29-Corte IDH. **Caso Baena Ricardo e outros**. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, n.61 e Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Série A, n.11, par.28.

30-Corte IDH. **Caso Bamaca Velasquez Vs. Guatemala**. Fundo. Sentença de 25 de novembro de 2000. **Caso Del Pueblo Saramaka Vs. Surinam**. Exceções Preliminares. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C, n.172, par.177; **Caso Yvon Neptune Vs. Haiti**. Sentença de 06 de maio de 2008, par. 77; **Garantias Judiciales em Estado de Emergência**. Opinión Consultiva OC-9/87 de 1987. Série A, n.9, par.24.

31-Corte IDH. **Caso de La Masacre de Pueblo Bello**, cit., voto razonado Del Juez Cançado Trindade, par.6.

32-Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada pela CIDH, par. 95.

33-El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular em El Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/00 de 1 de outubro de 1999. Série A, n.16, par. 119.

34-Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/2002 de agosto de 2002, solicitada por CIDH, par. 95.

35-Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84 de janeiro de 1984, Série A, n.4, par. 55.

36-CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte, Del Rey: 2004.

37-Corte EDH. **Caso of Willis v. The United Kingdom**, Julgamento de 11 de junho, 2002, par. 39; **Caso Of Wesseis-Bergervoet v.The Netherlands**, Julgamento de 4 de junho, 2002, par. 42; **Caso of Petrovic v. Austria**, Julgamento de 27 de março, 1998, Relatórios, 1998-II, par. 30.

38-Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada com la Naturalización. Opinión Consultiva OC 4/84 de 19 de enero de 1984. Série A, n.4, par. 56.

39-Human Rights Commitee, *General Comment 17, Rights of Chil* (art.24), 07/04/1989, CCPR/35, par. 2.

40-Corte IDH. **Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño**. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A, n.17, par. 37, 53.

41-Comité de los Derechos del Niño Observación General Nº 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes, CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006, par. 24.

A HERMENÊUTICA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE OS DIREITOS DAS CRIANÇAS E SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO DE ADOÇÃO PELO BRASIL

Natália Luiza Lima Soares¹
Raquel Lima De Abreu Aoki²
Tatiana Ribeiro De Souza³
William Ken Aoki⁴

Resumo: O presente trabalho de conclusão de iniciação científica teve como pesquisa a hermenêutica da Corte Interamericana de Direitos Humanos dos Direitos da Criança, fazendo um levantamento jurisprudencial e a interpretação dada nos casos. E quanto à aplicação pelos tribunais internos nos processos de adoção, aproveitou-se para conceituar criança e família na atual conjuntura social, trazendo as novas concepções de família para melhor entender as questões hodiernamente da adoção, vislumbrando os reflexos da hermenêutica na Corte IDH aos casos concretos no ordenamento brasileiro, se os critérios definidos por ela tem aplicabilidade nos nossos tribunais.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Direitos das Crianças, Adoção, Interesse Superior da Criança.

Abstract: The present work of scientific Initiation was to research hermeneutics InterAmerican Court of Human Rights (IACHR) of children's rights, surveying case law and interpretation in cases. Concerning the application by domestic courts of adoption process, the present research also make a concept of child and family in the current society, bringing new concepts to better understand family issues about adoption, shimmering reflections of hermeneutics in IACHR to concrete cases in the Brazilian Court, if the criteria established by it has applicability in our courts.

Keywords: Human Rights, Rights of Children, Adoption, Interests of the Child.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo concluir o trabalho de pesquisa de iniciação científica sem bolsa do Centro Universitário Newton Paiva, com o tema A proteção dos direitos da criança no sistema interamericano de Direitos humanos e sua repercussão no sistema jurídico brasileiro. Este artigo tem como objetivo fazer um levantamento dos critérios utilizados pelos tribunais internacionais, principalmente a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e verificar se estes critérios são os mesmos adotados por nossos tribunais internos.

Para melhor entender o contexto em que surgiram os direitos humanos abordaremos inicialmente a evolução histórica dos direitos humanos e até mesmo para melhor entendermos a justificativa dos estudos nesta área.

A primeira justificativa científica da dignidade humana sobreveio à descoberta do processo evolutivo dos seres vivos da obra de Darwin, embora a primeira explicação rejeitasse todo finalismo no período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais da vida, em vigor até a atualidade. Nesse período, pela primeira vez, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais lançando, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, a ela inerentes.

O princípio da igualdade essencial de todo ser humano iniciou a elaboração da concepção medieval de pessoa⁵, não obstante as diferenças individuais e grupais, de ordem biológica ou cultural. É essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois se tratam de direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas.

Para Kant 'o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talento'. Sendo assim, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si, e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado.

A oposição ética entre pessoa e coisa, sustentada por Kant, alarga e aprofunda a tradicional dicotomia, herdada do direito romano, que a *summa divisio* do direito pertence às pessoas é entre homens livres e escravos. A escravidão foi abolida, no entanto a concepção kantiana da

dignidade da pessoa como um fim em si leva à condenação de muitas outras práticas de aviltamento da pessoa à condição de coisa. A criação do universo concentracionário, no séc. XX, só veio sustentar a visão kantiana ética, ao se deparar com o *gulag* soviético e o *lager* nazista foram gigantescas máquinas de despersonalização dos seres humanos. Analogamente, a transformação das pessoas em coisas realizou-se de modo menos espetacular, mas não menos trágico, com o desenvolvimento do sistema capitalista de produção. O mesmo processo de reificação acabou transformando hodiernamente o consumidor e o eleitor, por força de técnica de propaganda em massa, em mero objeto de direito.

O homem é o único ser, no mundo, dotado de vontade, isto é, da capacidade de agir livremente, assim ser conduzido pela inelutabilidade do instinto. Todo o universo axiológico da liberdade funda-se no mundo das preferências valorativas, bem como toda a ética de modo geral, ou seja, o mundo das normas, contrariamente ao que sucede com as leis naturais. O que a axiologia revelou foi uma inter-relação sujeito – objeto, no sentido de que cada um de nós aprecia algo, porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor. A compreensão da pessoa consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo que dirige a sua vida em função das preferências valorativas. Isto é, a pessoa humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas. A compreensão da realidade axiológica transformou toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados com os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.

A reflexão filosófica da primeira metade do século XX confirmou o caráter único, reafirmando a visão da filosofia estoica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. Em primeiro lugar, porque cada um de nós já nasce com uma visão de mundo emoldurada por todo um passado coletivo, carregado de valores, crença e preconceitos. Em segundo, porque a ciência contemporânea afasta-se sempre mais do pressuposto do equilíbrio estável, que denominou toda a teoria físico-química do passado. Sendo assim a ordem do universo só pode ser mantida por meio de um processo incessante de auto-organização, com a permanente adaptação ao meio-ambiente.

O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo: e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade

publica ou reprovação social pode legitimar a perda dessa dignidade conquistada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, condensou toda a riqueza dessa longa elaboração teórica ao proclamar, em seu artigo VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei. Em consequência, o processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se, no plano internacional, a partir da Declaração Universal em consequência de uma preocupação corrente da época de restauração do direito internacional, em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para essa preocupação em reconstrução o holocausto e a Segunda Guerra Mundial foram grandes incentivadores. Já não se tratava de proteger os indivíduos sobre certas condições ou em situações circunscritas no passado, mas doravante de proteger o ser humano como tal, na sua essência.

DEFINIÇÃO DE CRIANÇA

Vencida a questão histórica, passamos para definição de criança, a qual os órgãos internacionais têm como base o entendimento do art. 1º da CDC que define como criança todo ser humano menor de 18 anos, adotando assim o critério da idade⁷, salvo se, em virtude de lei, tenha alcançado a maioridade antes⁸. É importante se faz ressaltar que, nesses órgãos, o termo criança engloba meninos, meninas e adolescentes⁹.

Já para os órgãos nacionais tem-se como base o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) lei 8.069/90¹⁰ que considera criança, para os efeitos da lei já citada, a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 e 18 anos de idade. Aplicando a mesma, excepcionalmente, às pessoas entre 18 e 21 anos de idade. Para efeitos didáticos, ao longo desse artigo, será utilizado o termo criança para englobar criança e adolescentes conforme o ECA define.

Corroborando os demais dispositivos legais brasileiros com esta concepção ao estabelecer no Código Civil¹¹ em seu artigo 3º, inciso I:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezessets anos;
- (...).

E no Código Penal¹² ao dispor em seu artigo 27 que:

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Além das disposições acima, pode-se citar que o Esta-

tuto da Criança e do Adolescente institui regras e medidas específicas para as crianças e adolescentes diferentes das impostas aos adultos, entre os arts. 1º e 6º do ECA.

DA DISCRIMINAÇÃO POSITIVA

A discriminação positiva é um princípio, reconhecido internacionalmente,¹³ que busca assegurar às crianças os direitos e garantias judiciais reconhecidos nos instrumentos a todas as pessoas, sendo os reconhecidos nos artigos 8º e 25 da CADH insuficientes por si só para assegurar às crianças o respeito aos direitos e garantias judiciais. Portanto para dar efetividade aos direitos e garantias a uma criança, faz-se necessário analisar o conjunto de princípios e garantias próprias da matéria de criança, a formar um núcleo de direitos das crianças, proporcionando um princípio de discriminação positiva, que tem por fim propiciar uma equidade e compensação, "por meio do reconhecimento de garantias maiores e mais específicas, em decorrência das situações da desigualdade visível que existe na realidade"¹⁴.

Ressalta-se aqui que nem toda discriminação de tratamento pode ser considerada ofensiva por si mesma à dignidade da pessoa humana¹⁵. A própria Corte Europeia advertiu que somente há discriminação quando uma distinção carece de justificação objetiva e razoável¹⁶. De acordo com o Corte, as crianças possuem os direitos correspondentes a todos os seres humanos e têm, além disso, direitos especiais derivados de sua condição, pois a criança, em razão de seu físico e mente, necessita de proteção e cuidados especiais, incluindo a proteção legal apropriada, tanto antes como depois do nascimento, os quais permitem o cabal exercício dos direitos reconhecidos¹⁷.

Cabe ressaltar que o princípio da discriminação positiva, contemplada para consolidar um núcleo fundamental sobre os direitos da criança, tem como propósito proporcionar uma equidade e compensar, mediante o reconhecimento de garantias maiores e mais específicas, a situação de desigualdade que existe na realidade. Afirmado assim a importância dos Estados em ratificar a CDC e harmonizar a legislação com os princípios por ela contemplados¹⁸ para, a partir de então, poder dar efetividade aos direitos e garantias a elas assegurados.

OS TRÊS PILARES JURÍDICOS

NORTEADORES DO DIREITO

DA CRIANÇA

As decisões judiciais que envolvem uma criança possuem três pilares jurídicos que orientam essas decisões

para que elas sejam acertadas. Isto é, quando um litígio envolver uma criança, faz-se necessária a análise do interesse superior da criança, a criança como sujeito de direitos e o exercício dos direitos fundamentais e da sua vinculação à autoridade parental.

PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA

O Princípio do Interesse Superior da Criança é um dos três pilares fundamentais dos quais a CDC, entre outros instrumentos internacionais e o desenvolvimento de doutrina de proteção integral, trouxe o surgimento do direito das crianças como um novo ramo jurídico. E nacionalmente tal princípio é reconhecido¹⁹ como tal e é norteador das decisões judiciais.

O Princípio do Interesse Superior da Criança²⁰ é entendido como premissa em que a norma deve ser interpretada, de forma a integrar e implementar regras da infância e da adolescência constituindo portanto, um limite à discricionariedade das autoridades na tomada de decisões quando houver uma criança envolvida. Este princípio se baseia na dignidade do ser humano, nas características próprias da criança e na necessidade de proporcionar o desenvolvimento desses com o pleno aproveitamento de suas potencialidades, bem como a natureza e o âmbito da CDC²¹.

A necessidade de adotar tais medidas de tratamentos é derivada das situações específicas a que as crianças são submetidas, tendo em conta a sua fraqueza, imaturidade, inexperiência,²² por estarem em desenvolvimento. Isto é, para garantir a maior medida de proteção possível e a prevalência dos interesses das crianças, o preâmbulo da CDC exige “cuidados especiais” e, no artigo 19 da CADH, estabelece que irão receber “As medidas especiais de proteção.” Em ambos os casos, existe a necessidade de adotar tais medidas de tratamento derivado da situação específica correlacionada às crianças²³.

Sendo assim, faz-se necessário adotar as medidas de discriminação positiva²⁴, isto é, proporcionar uma equidade para compensação mediante o reconhecimento de garantias maiores e mais específicas para a situação de desigualdade que existe na realidade, logo tratar os iguais nas suas igualdades e os desiguais na proporção das suas desigualdades.

Em conclusão, devemos ponderar não só os requisitos das medidas especiais de proteção da criança, mas também as características particulares da situação onde há uma criança envolvida, analisando assim o direito envolvido no caso concreto²⁵ e comprovando a existência da desigualdade real devem-se adotar medidas de compensação²⁶.

A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS

A criança como sujeito de direitos é a forma pela qual o Estado reconhece os direitos humanos básicos que advém do próprio status de sua condição estabelecida²⁷ de criança.

A necessidade de adotar tais medidas de tratamento também se funda nas situações específicas em que há crianças submetidas, tendo em conta a sua fraqueza, imaturidade e inexperiência²⁸.

O EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O exercício dos direitos fundamentais e da sua ligação à autoridade parental: sendo que a autoridade parental tem como único propósito assegurar à criança a proteção e o cuidado essencial para garantir o seu pleno e harmonioso desenvolvimento, é uma responsabilidade e um dever dos pais, mas também um direito fundamental de que as crianças sejam protegidas e orientadas para atingir a sua plena autonomia. Portanto, o exercício da autoridade deve diminuir com o passar dos anos e o avanço da idade da criança²⁹.

Podendo os pais perder o pátrio poder, judicialmente por meio de uma ação de destituição do poder familiar, quando comprovada a ocorrência de hipóteses do artigo 1.638 CC, isto é, castigo imoderado, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e reiteração de falta aos deveres inerentes ao poder familiar. Sendo admitida pela jurisprudência a cumulação das ações de destituição e de adoção³⁰.

CONCEITO DE FAMÍLIA

Para a Corte IDH³¹ conceituar família importante se faz considerar o alcance que tem a concepção de família para, só então, poder estabelecer os deveres e faculdades aos que fazemos referência. Isto é, devem entender-se como familiares todas as pessoas que estejam vinculadas por um parentesco próximo³², isto é, tem-se a conceituação de familiares no sentido amplo.

A Corte EDH já sustentou em várias ocasiões que a concepção de vida familiar “não esta reduzida unicamente ao matrimônio e deve abranger outros laços familiares de direito onde as partes têm vida em comum fora do matrimônio”³³.

A concepção de família para o ordenamento jurídico, de acordo com Maria Helena Diniz, difere-se em três sentidos. Sentido amplíssimo, sentido lato e sentido restrito. O

sentido amplíssimo seria aquele em que os indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade³⁴. Já para o sentido lato refere-se àquela formada além dos cônjuges ou companheiros e de seus filhos, abrange os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins (parentes do outro cônjuge ou companheiro)³⁵. E para o sentido restrito, restringe a concepção de família para a comunidade formada pelos pais, seja pelo matrimônio ou união estável, e a da filiação³⁶. Para Orlando Gomes, família é o "grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção"³⁷.

Para Maria Berenice Dias,³⁸ família é a relação das pessoas ligadas por um vínculo de consanguinidade, afinidade ou afetividade.

O PROCESSO DE ADOÇÃO

Importante ressaltar que toda e qualquer limitação ao exercício de direitos da criança, seja uma decisão estatal, social ou familiar deve sempre se primar pelo interesse superior da criança e ao ajuste rigoroso das matérias que dispõe sobre o assunto³⁹.

Neste ponto, ressaltamos que é um direito da criança ter o convívio familiar com os seus entes, para concretizar suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas, além de ser um direito dos seres humanos receberem proteção contra interferências arbitrárias ou ilegais em sua família, o que é um direito, implicitamente, a proteção da família e da criança⁴⁰.

No entanto, tem-se verificado que em casos que a separação da criança é uma medida necessária para o bem estar da criança, e levando-se em conta o interesse superior desta para o pleno e harmonioso desenvolvimento de suas potencialidades, pode ocorrer a sua separação. E além do mais toda e qualquer decisão relativa à separação da criança de sua família tem que se fundar no princípio do interesse superior da criança, sendo a Diretriz 14 de Riad⁴¹ que estabelece nesse sentido⁴².

A Corte EDH já decidiu em alguns casos⁴³ sobre o assunto, e a Corte IDH⁴⁴ também já decidiu sobre o assunto. E as duas Cortes estabeleceram critérios para a separação da criança de seu núcleo familiar, que fora devidamente justificada, que seja preferencialmente temporária⁴⁵ a duração e que a criança seja devolvida aos seus pais no momento em que as circunstâncias assim o permitam⁴⁶, sendo que a separação da criança dos seus familiares é em decorrência desse fato a privação de outros direitos estabelecidos na CADH não podem fundar-se unicamente na carência de recursos materiais⁴⁷, seja por decisão judicial ou administrativa.

Neste rol de proteção, podemos citar ainda o Instituto das Obrigações Positivas de Proteção em que o Estado se obriga a respeitar os direitos e liberdade reconhecidos pela Convenção para garantir o pleno exercício e gozo dos direitos humanos. O Estado poderá ser responsabilizado internacionalmente, segundo o direito internacional dos direitos humanos, por ato ou omissão de qualquer autoridade pública⁴⁸ em consequência da responsabilidade nos termos estabelecidos na Convenção. A obrigação geral que estamos tratando será imposta aos Estados o dever de assegurar o exercício e o gozo dos direitos individuais em relação ao poder estatal, e também em relação às ações de terceiros⁴⁹, desde que o Estado não adote medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos⁵⁰ ou tolere a situação de violação de Direitos Humanos⁵¹. Neste mesmo diapasão, os Estados Partes da CADH têm o dever nos termos dos artigos 19 e 17, combinado com o artigo 1.1 do mesmo instituto, para tomar todas as medidas positivas para assegurar a proteção das crianças contra maus-tratos, seja em suas relações com as autoridades públicas, ou nas relações entre os indivíduos, ou com entidades não governamentais, ou ainda terceiros. Da mesma forma, é evidente que as regras contidas na CDC, em que os direitos das crianças não apenas exigem que o Estado interfira na esfera privada ou familiar da criança, mas também que, como circunstâncias, as ordens de tomar medidas positivas para assegurar o pleno exercício e gozo dos direitos, entre outros, de aspectos econômicos, sociais e culturais⁵².

Neste mesmo diapasão, o Comitê sobre os Direitos da Criança tem enfatizado, em seu primeiro comentário geral, a relevância do direito à educação. De fato, é principalmente através da educação que, gradualmente se supera a vulnerabilidade das crianças. Além disso, o Estado, responsável pelo bem comum, deve, de igual modo, proteger o papel preponderante da família na proteção da criança e assistência do público para a família através de medidas que promovam a unidade da família⁵³.

Na vasta jurisprudência⁵⁴ nacional, pode-se verificar que o STJ, em casos que uma criança é parte integrante, a decisão a ser tomada deve ser a que está em consonância com a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros no caso concreto. A Ministra Nancy Andrighi, em um acordão, preceitua que "o legítimo interesse, ao que se apresenta, deve se caracterizar por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança⁵⁵". Cita-se, também, a decisão em que o STJ deferiu a adoção por casal homoafetivo, a qual vislumbrou que por qualquer ângulo que se analise a questão, a conclusão a que se chegava, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles⁵⁶.

Atendendo, assim, a jurisprudência internacional e as recomendações dos tribunais internacionais que devem ser respeitados, conforme o art. 5º, §3º da CP⁵⁷ preceitua que os tratados internacionais e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, podemos concluir deste trabalho de iniciação científica, desempenhado ao longo do ano passado que a jurisprudência internacional sempre que possui um litígio onde uma das partes envolvidas é uma criança soluciona o mesmo sempre pautado nos três pilares jurídicos supracitados, sendo eles o interesse superior da criança, a criança como sujeito de direitos e o exercício dos direitos fundamentais, podemos constatar que a jurisprudência atualizada e os doutrinadores contemporâneos do ordenamento jurídico brasileiro vêm adotando os mesmos critérios, principalmente o do interesse superior da criança para solucionar casos em que possui um menor de idade envolvido. E também está sendo utilizado nos casos em que destitui os pais do pátrio poder para atender o interesse superior da criança, permitindo-a ser adotada em uma nova família para que alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Concluindo assim que a proteção dos direitos da criança no Sistema Interamericano de Direitos Humanos teve uma repercussão positiva no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código Civil**, Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Fernando Henrique Cardoso e Aloysio Nunes Ferreira Filho. Brasília.
- BRASIL. **Código Penal**, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Getúlio Vargas e Francisco Campos. Rio de Janeiro.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília 5 de outubro de 1988. Ulysses Guimarães.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Fernando Collor. Brasília.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1106637. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 01/07/2010.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. CC 111130. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 01/02/2011.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1159396. Ministro JORGE MUSSI. DJe 01/08/2011.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1172067. Ministro MASSAMI UYEDA. DJe 14/04/2010.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 889.852. Ministro LUIS F. SALOMÃO. DJe 27/04/2010.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. Sexta Edición, Oxford University Press, 2003, p. 431-433; Draft Articles on State Responsibility with commentaries. Report of International Law Commission fifty-third session. Yearbook of the International Law Commission.
- CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Costa Rica. Corte IDH. Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica Relacionado com a Naturalização. **Opinião Consultiva OC-4/84** de janeiro de 1984. Serie A No. 4.
- Costa Rica. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02** de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez Reparações** (art. 63.1 CADH). Sentencia de 22 de fevereiro de 2002. Serie C No. 91, § 34.
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso Goiburú e outros**. Sentença sobre Fundo. Reparações e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Serie C No. 153, voto razonado juez García Ramirez, §22.
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso Gómez Palomino**. Sentença de 22 de novembro de 2005. Serie C No. 136, voto concurrente jueza Medina Quiroga, §A3.
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso Maritza Urrutia**. Sentença de 27 de novembro de 2003. Serie C No 103, § 41.
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso de la Masacre de Mampiripán Vs. Colombia**. Exceções preliminares. Sentença 7 de marzo 2005. Serie C No. 122, §111.
- Costa Rica. Corte IDH, **Caso Trujillo Oroza**. Reparações (art. 63.1 CADH). Sentencia de 27 de fevereiro de 2002. Serie C No. 92, § 57.
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso Villagrán Morales e outros**. Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C No. 63, §75.
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso Villagrán Morales e outros**. Reparações (art. 63.1 CADH). Sentencia de 26 de maio de 2001. Serie C No. 77, § 68.
- Costa Rica. Corte IDH. **Caso 19 Comerciantes**. Sentença de 5 de julho de 2004. Serie C No. 109, § 141.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.
- Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquencia Juvenil - **Diretrizes de Riad** (1983). Disponível em: < <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/22786/diretrizes-de-riade>>. Acessado em: 16 de Maio de 2011.
- FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. **Adoção: guia prático doutrinário e processual**. 1 ed. Cortez 2011.
- França. Corte EDH, **Case Buchberger v. Austria**, Judgment of 20 December 2001, § 35.
- França. Corte EDH, **Case Bronda v. Italy**, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, § 51.

França. Corte EDH, **Case Elsholz v. Germany**, Judgment of 13 July 2000, § 43.

França. Corte EDH, **Case Johansen v. Norway**, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, § 52.

França. Corte EDH, **Caso Keegan v. Ireland**, Julgamento 26 Maio 1994, Series A nº 290, § 44.

França. Corte EDH. **Caso Kroon and Others v. The Netherlands**, Julgamento 27 Outubro, 1994, Series A no.297-C, § 30.

França. Corte EDH. **Caso of Petrovic v. Austria**, Judgment of 27 th of March, 1998, Reports 1998-II, §30.

França. Corte EDH. **Caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium**, Judgment of 23 rd July 1968, Series A 1968, §34.

França. Corte EDH, **Case T and K v. Finland**, Judgment of 12 July 2001, § 151.

França. Corte EDH. **Caso Wesseis- Bergervoet v. The Netherlands**, Judgment of 4 th June, 2002, §42.

França. Corte EDH. **Caso Willis v. The United Kingdom**, Judgment of 11 June, 2002, §39.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos Direitos Humanos: uma história**. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: RT, 2009.

Países Baixos. Corte Internacional de Justiça. **Caso Canal de Corfu**, 1946.

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude - **Regras de Beijing** (1988). Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acessado em: 16 de Maio de 2011.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SOUZA, Anabel Vitória Mendonça de. **Adoção plena: um instituto de amor**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAMSíntese, n. 28, p. 60-78, fev.-mar. 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLALTA, Carla. **Infancia, justicia y derechos humanos**. 1 ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2010.

NOTAS

1-Dicente do curso de Direito, aluna da Iniciação Científica do Centro Universitário Newton Paiva.

2-Colaboradora da Pesquisa, Docente do Centro Universitário Newton Paiva.

3-Colaboradora da Pesquisa, Docente do Centro Universitário Newton Paiva.

4-Coordenador da Pesquisa, Docente do Centro Universitário Newton Paiva.

5-A concepção medieval de pessoa é aquela que se diz propriamente pessoa a substância individual da natureza racional, logo se vê como pessoa a sua própria substância do homem, ou seja, a forma que molda a matéria e que dá ao ser de determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade. A

substância é a característica própria do ser (COMPARATO, 2001).

6-Art. 1º da CDC 'Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.'

7-Corte IDH. **Condição Jurídica y Derechos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02** de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 38.

8-Comentário Geral nº 5, §23.

9-Corte IDH. **Condição Jurídica y Derechos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02** de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 45.

10-Art. 2º caput e paragrafo único da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente.

11-BRASIL. Código Civil, Lei Nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Instituto Código Civil. Fernando Henrique Cardoso e Aloysio Nunes Ferreira Filho. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm#capituloipersonaliddecapacidad>. Acessado em: 15 Maio 2011.

12-BRASIL. Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Getúlio Vargas e Francisco Campos. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acessado em: 15 Maio 2011.

13-Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH, de 28 de agosto de 2002. Série A No. 17, § 15, h, 2º parágrafo. Corte EDH.; *Caso of Wesseis-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4 th June, 2002, §42; *Caso of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27 th of March, 1998, Reports 1998-II, §30.

14-Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH, de 28 de agosto de 2002. Série A No. 17, § 15, h, 2º parágrafo.

15-Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-4/84* de janeiro de 1984. Série A No. 4, §55.

16-Corte EDH. *Caso of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, §39; *Caso of Wesseis- Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4 th June, 2002, §42; *Caso of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27 th of March, 1998, Reports 1998-II, §30; *Caso "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium*, Judgment of 23 rd July 1968, Series A 1968, §34.

17-Corte IDH. *Opinião Consultiva OC-17/2002* de 28 de agosto de 2002, solicitada por La CIDH, §54/55.

18-**Opinião Consultiva OC-17/02** de 28 de agosto de 2002. Série A No. 17, § 15, h, 2º parágrafo

19-Nominado por DIAS (2009) como princípio da proteção Integral à criança ou princípio da prioridade absoluta. Pag. 67.

20-VILLALTA, Carla. *Infancia, justicia y derechos humanos*. 1 ed. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2010.

21-Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH, de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, § 56.

22-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Serie A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 60.

23-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 60.

24-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Serie A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 15, h, 2º parágrafo.

25-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 61.

26-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 97.

27-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 15, h, 2º parágrafo.

28-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 60.

29-COSTA RICA. Corte IDH. **Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002 § 15, h, 2º parágrafo.

30-BRASIL. Código Civil art. 1.635, IV e ECA art. 41. Superior Tribunal de Justiça. Resp1106637. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 01/07/2010.

- 31-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. §§ 69 e 70.
- 32-Corte IDH, Caso Trujillo Oroza. Reparaciones (art. 63.1 CADH). Sentencia de 27 de fevereiro de 2002. Série C No. 92, § 57; Caso Bámaca Velásquez Reparaciones (art. 63.1 CADH). Sentencia de 22 de fevereiro de 2002. Série C No. 91, § 34; y Caso Villagrán Morales e outros. Reparaciones (art. 63.1 CADH). Sentencia de 26 de maio de 2001. Serie C No. 77, § 68.
- 33-Corte EDH, Caso Keegan v. Ireland, Julgamento 26 Maio 1994, Series A nº 290, § 44; e Corte EDH. Caso of Kroon and Others v. The Netherlands, Julgamento 27 Outubro, 1994, Series A no.297-C, § 30.
- 34-DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 9.
- 35-DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 10.
- 36-DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. p. 10.
- 37-GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 33.
- 38-DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. ver., atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 34.
- 39-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. § 65.
- 40-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Série A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. § 71.
- 41-Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - Diretrizes de Riad(1983). Disponível em: < <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/22786/diretrizes-de-riade>>. Acessado em: 16 de Maio de 2011.
- 42-“cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro.”
- 43-Corte EDH, Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001, § 35; Corte EDH, Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001, § 151; Corte EDH, Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, § 43; Corte EDH, Case of Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, § 51; y Corte EDH, Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, § 52.
- 44-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Serie A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. § 75.
- 45-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Serie A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. §§ 74, 75 e 77.
- 46-Regras de Beijing artigos 17, 18 e 46.
- 47-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Serie A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. § 76.
- 48-Brownlie, Ian. Principles of Public International Law. Sexta Edición, Oxford University Press, 2003, p. 431-433; Draft Articles on State Responsibility with commentaries. Report of International Law Commission fifty-third session. Yearbook of the International Law Commission; Corte Internacional de Justicia. Caso Canal de Corfu, 1946.
- 49-Corte IDH. Caso Goiburú e outros. Sentença sobre Fundo. Reparaciones e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2006. Serie C No. 153, voto razonado juez García Ramírez, §22 e Caso Gómez Palomino. Sentença de 22 de novembro de 2005. Serie C No. 136, voto concurrente juez Medina Quiroga, §A3.
- 50-Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Exceções preliminares. Sentença 7 de marzo 2005. Serie C No. 122, §111.
- 51-Corte IDH. Caso 19 Comerciantes. Sentença de 5 de julho de 2004. Serie C No. 109, § 141; Caso Maritza Urrutia. Sentença de 27 de novembro de 2003. Serie C No 103, § 41 e Caso Villagrán Morales e outros Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C No. 63, §75.
- 52-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Serie A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. § 87.
- 53-COSTA RICA. Corte IDH. Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. **Opinião Consultiva OC-17/02**, solicitada pela Comissão IDH. Serie A No. 17. São José, 28 de agosto de 2002. § 88.
- 54-BRASIL. STJ. REsp 1106637. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 01/07/2010 . CC 111130. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 01/02/2011. REsp 1159396. Ministro JORGE MUSSI. DJe 01/08/2011. REsp 1172067. Ministro MASSAMI UYEDA. DJe 14/04/2010.
- 55-BRASIL. STJ. REsp 1106637. Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 01/07/2010 .
- 56-BRASIL. STJ. REsp 889.852. Ministro LUIS F. SALOMÃO. DJe 27/04/2010.
- 57-**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) **§ 3º** Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.