

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO DIFERENCIADA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No Brasil, a exemplo das outras constituições internacionais, a CRFB/1988 positivou as novas conquistas sociais, principalmente no que se refere à proteção da dignidade da pessoa humana, construída como fundamento do Estado Democrático de Direito, prevista em seu artigo 1º, inciso III.

Art. 1. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;¹

Nesse diapasão, *democracia* é, conforme se infere cristalinamente do Preâmbulo e do parágrafo único do artigo 1º da CRFB/1988, e oportunamente lembra Paulo Bonavides, aquela

[...] forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões do governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo poder legítimo.²

Paulo Luiz Netto Lobo ressalta a mudança verificada com relação à infância e à juventude frente ao artigo 227 da CRFB/1988, que estabeleceu seus direitos humanos, fundamentais, individuais e sociais, oponíveis contra o Estado, a sociedade e a comunidade em geral, como também os pais e seus substitutos, e ainda todos os familiares: “Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família.”³

Assim, é de se perceber nos dispositivos elencados a proteção inerente à condição peculiar de pessoa em fase de desenvolvimento, cujos direitos básicos –

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, cit.

²BONAVIDES, Paulo. Democracia direta, a democracia do terceiro milênio. In: _____. *A Constituição aberta*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 17.

³LOBO, Paulo Luiz Netto et al. *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.

vida e saúde, educação e cultura, trabalho e previdência, ordem pública e segurança pessoal, liberdade individual, dignidade humana, convivência familiar, assistência social, integração comunitária – exigem obrigações solidárias, constitucionalmente impostas ao Estado, à sociedade e à família.

Cumprido salientar que as obrigações solidárias Estado–sociedade–família são conferidas conjuntamente a todos os envolvidos, responsabilizando aqueles que, por falta ou omissão, causarem prejuízos às pessoas que, notadamente, vivem nessa condição peculiar.

Por estarem, crianças e adolescentes, em fase de desenvolvimento biopsicossocial, a ordem jurídica se preocupou em protegê-los, impondo tal dever primeiramente aos pais, em face do desempenho do poder familiar, que engloba um conjunto de direitos e deveres amparados pelo Estado, o qual, por meio do ECA, estabelece regras de políticas sociais que “permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (artigo 7º)⁴.

Aprofundar-se-á adiante o estudo dos direitos à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária; contudo, ressalta-se a importância dos outros direitos, infra e constitucionalmente garantidos, para o desenvolvimento biopsicossocial da população infanto-juvenil de forma concreta, sendo o aprofundamento do estudo apenas direcionado para os fins a que esta dissertação se destina.

O direito à liberdade, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, garantido na CRFB/1988 nos moldes da doutrina da proteção integral, significa o respeito ao direito de ir, vir e ficar, sem, contudo, deixar desprotegido o infante ou jovem. Significa ser o indivíduo detentor de uma *liberdade orientada*, nos limites impostos pelo próprio ECA, como se depreende da leitura dos artigos 74, 75, 83 e 84 do Capítulo II do Título III.

Assim, ressalta José de Farias Tavares:

A liberdade física da criança e do adolescente não pode ser confundida com a desídia de quem lhes deve a guarda e a segurança; a negligência, a despreocupação, o desprezo, são injustificáveis. Deixar alguém que, por viver em fase de desenvolvimento biopsicossocial, tem necessidade pessoal de ajuda e

⁴BRASIL. *Lei nº 8.069, cit.*

acompanhamento jogado “no meio do mundo”, exposto às agressões do meio natural ou à maldade humana, jamais será atitude de observância do direito à liberdade. Pelo contrário, é crime de abandono, seja material, seja moral, por ato comissivo ou omissivo, tipos previstos na legislação penal.

Deve ser retirada de todo local perigoso ou inconveniente a pessoa nos verdes anos, que, em razão da idade, não tem ainda condições de avaliar os riscos a que se expõe.⁵

As medidas protetivas visam o benefício da criança e do adolescente, e a própria segurança do direito à liberdade.

Por seu turno, a base de sustentação dos direitos humanos está na dignidade da pessoa humana, que pressupõe a construção do respeito à liberdade, à vida e aos valores, ao mesmo tempo em que reconhece o indivíduo na sua particularidade e singularidade.

2.1

PRINCÍPIO, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA FORMA DE APLICAÇÃO

2.1.1

PRINCÍPIOS JURÍDICOS – DWORKIN E ALEXY

Da transformação antes aludida surgem duas modalidades de normas: os princípios, com maior nível de abstração, e as regras, marcadas pela objetividade e especificidade.

Importantes contribuições para o estudo dessa dicotomia foram as de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Dworkin, em questionamento quanto à questão principiológica e sua incompatibilidade com o positivismo jurídico, pressupondo a quebra dessa concepção positivista com o intuito de se apurar se “a justiça requer decisões de acordo com regras preexistentes”⁶, conclui que, caso se entenda que o Direito se

⁵TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 126.

⁶DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 11.

reduz a um mundo fechado de regras, tudo o que não está contido nas regras não existe no Direito.

A posição de Dworkin é a de que o sistema jurídico está integrado por regras, princípios e diretrizes políticas, todas passíveis de aplicação pelo julgador.

O autor utiliza a palavra *princípio* de forma geral, para se referir também às *standards*, que são as regras. Quanto às diretrizes, o autor as distingue dos princípios, conceituando-as como pautas que estabelecem objetivos a serem atingidos nos aspectos econômico, político ou social.

Lado outro, define princípios como as pautas a serem observadas, por constituírem imperativo de justiça ou de outra dimensão moral. Para tanto, faz-se necessária a interpretação⁷. Afirma, a esse propósito, Rodrigo da Cunha Pereira:

Por isso o sistema de regras tornou-se insuficiente, em face da “revolução hermenêutica” havida com o *status* que a pessoa humana alcançou, de Fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.⁸

Caso haja colisão entre princípios, deve-se levar em conta todos eles, elegendo-se, porém, um deles – sem que os outros sejam invalidados – para orientação quanto à solução dos conflitos.

Dworkin ainda pontua que a principal distinção entre princípios e regras são os mecanismos de aplicação. As regras incidem sob a forma de “tudo ou nada”, ou seja, ou a regra é aplicada ao caso a ela subsumido ou é considerada

⁷Sabe-se que a hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretação, que estuda o ato interpretativo criando princípios, métodos, critérios e regras que direcionam o intérprete da norma jurídica, cuja função é descobrir o conteúdo real da mesma, determinando o seu valor e, assim, reconstruindo o pensamento do legislador. As leis são formuladas em termos gerais e abstratos, para que se possam estender a todos os casos da mesma espécie. Ao aplicador do direito resta interpretar o verdadeiro sentido da norma jurídica e, em seguida, determinar o seu alcance ou extensão, eis que duas leis com o mesmo sentido podem ter extensões ou alcances diferentes. Considerando-se o sentido mais amplo, emprega-se, muitas vezes, o vocábulo *interpretação* para designar não apenas a determinação do significado e do alcance de uma mesma norma jurídica existente, como também a investigação do princípio jurídico a ser aplicado a casos sem previsão nas normas vigentes. Nesse sentido, a interpretação compreende também a analogia, ou seja, a elaboração de novas normas para casos não previstos. Cumpre esclarecer que o trabalho do jurista sempre deverá permanecer vinculado à lei. No sentido estrito, a interpretação consiste em determinar o significado da lei, desenvolvendo o seu conteúdo em todas as direções. FERRARA, Francesco. Ensaio Sobre a Teoria da Interpretação das Leis: Interpretação e Aplicação das Leis. 4ª ed. Armênio Amado – Editor Sucessor: Coimbra, 1987. p.110-113

⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, cit., p. 17.

inválida para os mesmos. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida.

O positivismo não responde de forma satisfatória aos questionamentos sobre a solução de casos difíceis, na medida em que determina que o julgador deve atuar nesses casos de acordo com a sua livre convicção, com discricionariedade, considerando que não pode se recusar à prestação jurisdicional com base na lacuna da lei.

Neste contexto, o juiz exerce importante papel, eis que, segundo Ferrara, ele é o intermediário entre a norma e a vida, instrumento regulador das relações dos particulares⁹.

No processo de interpretação, o aplicador do Direito se depara com a necessidade de determinar o significado da lei, diante da “incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico”¹⁰. Essas lacunas, admitidas pela própria lei, são preenchidas principalmente pela analogia, que consiste na aplicação, a um caso não previsto pelo legislador, de norma que rege caso semelhante.

No cotidiano, interpretam-se os fatos todo o tempo. Isto ocorre porque, para se conhecer um objeto, faz-se necessária a sua interpretação. Pode-se inclusive afirmar que toda forma de conhecimento implica atividade interpretativa. Interpreta-se com a finalidade de se desvendar os significados presentes no objeto e, assim, conhecê-lo.

Salienta-se ainda que, no âmbito da interpretação hermenêutica da lei, a Carta Magna brasileira deslumbra aos olhos dos legisladores, tanto pela jurisprudência e pela atividade legislativa quanto em relação às novas dimensões do homem atual em face do Estado.

Finalmente, o jurista deve, muito mais do que interpretar a lei, visar o bem comum, pois se assim não for, a lei não estará cumprindo a sua finalidade.

A hermenêutica jurídica significa um conjunto de princípios gerais nos quais o exegeta deve se orientar para interpretação da lei no caso concreto; e tem por objeto o estudo, a aplicação sistematizada dos processos de determinação do

⁹FERRARA, Francesco. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis: interpretação e aplicação das leis*, cit., p. 111

¹⁰ENGISH, Karl *apud* PRADO, Luiz Regis. Argumento analógico em matéria penal. *Revista de Ciências Jurídicas*. Maringá, PR: Universidade Estadual de Maringá, n. 1, p. 162, 1997.

sentido e o alcance das expressões do direito, ou seja, é a “a teoria científica da arte de interpretar”¹¹.

Desta feita, a hermenêutica visa revelar, descobrir e esclarecer o significado oculto, não apenas de um texto ou norma, mas também da linguagem. Pode-se afirmar que é por meio da hermenêutica que o próprio homem, o mundo em que vive, sua história e sua existência devem ser compreendidos.

Daí a necessidade de se ultrapassar a visão tradicional da hermenêutica, que a considera apenas um conjunto de técnicas e métodos de interpretação da essência da norma, para se alcançar a visão contemporânea, que a considera um problema filosófico e ontológico, que afeta em geral toda a relação entre o homem e o real.

O outro teórico cuja contribuição foi de suma importância no tema, Alexy, compartilhou da teoria de Dworkin¹² em muitos aspectos, apesar de evidenciar uma visão mais ampla, baseada na avaliação de todos os interesses possíveis. Alexy elaborou uma teoria de distinção entre princípios e regras, além de enfrentar a questão da colisão dos princípios.

O autor entendeu que tanto as regras quanto os princípios, embora sejam diferentes espécies de normas – mas justamente por serem normas –, estabelecem, do mesmo modo, fundamentos para juízos concretos.

Para Alexy, os princípios, se comparados com as regras, detêm grau de generalidade relativamente alto em relação a estas, que são normas de generalidade relativamente baixa¹³. Entendeu ainda ele que, além da distinção de grau, haveria também distinção de qualidade, uma vez que as regras contêm mandamentos no espaço fático e jurídico possível. É o chamado critério gradualista-qualitativo.

¹¹ENGISH, Karl *apud* PRADO, Luiz Regis. Argumento analógico em matéria penal, *cit.*, p. 162.

¹²Muito embora haja significativa diferenciação entre as obras de Alexy e as de Dworkin, não é objetivo deste trabalho dissecar tais questões, mas tão-somente apresentar alguns instrumentos disponibilizados pela nova estrutura dogmático-constitucional que possibilita a atuação do julgador.

¹³ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (Theorie der Grundrechte). Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, [1997] 2001, p. 83.

Os princípios são classificados como normas porque são “mandamentos de otimização”¹⁴. As regras, por outro lado, são normas que podem ser cumpridas ou não; porém, quando uma norma é aplicável, deve-se obedecer exatamente ao que ela determina¹⁵.

Alexy ressalta a necessidade de se estabelecer uma ponderação entre os princípios aplicáveis, para que aquele que venha a prevalecer traga o menor prejuízo possível aos que não prevaleceram. Estabelece-se, no seu entender, um critério de preferência ao princípio a ser aplicado no caso concreto – diversamente da posição de Dworkin, que estabelece uma relação de coerência entre os princípios.

Paulo Bonavides destaca os pensamentos de Dworkin e Alexy acerca dos princípios:

[...] o pensamento de Dworkin acerca dos princípios, cuja normatividade foi, conforme temos reiteradamente assinalado, dos primeiros em admiti-la com toda a consistência e solidez conceitual, posto que com as insuficiências e imperfeições restritivas corrigidas por Alexy, ao fazer o necessário e indeclinável enriquecimento dos conteúdos materiais dos princípios, cujo raio de abrangência ele alargou, com maior rigor científico. A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições [...]¹⁶

Verifica-se, em síntese superficial, a postura crítica de Dworkin e Alexy, que censuram as concepções do positivismo, porém divergem em vários pontos.

Certo é que os princípios passaram a ser aplicados pela jurisprudência brasileira aos casos concretos com base em parâmetros hermenêuticos e valorativos inscritos na Constituição e existentes na sociedade, levando-se em conta a interferência da subjetividade na objetividade; por essa razão, Rodrigo da

¹⁴*Ibid.*, p. 86. Sobre os mandamentos de otimização, Alexy completa: “El punto decisivo para la distinción entre reglas e principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos” (*Loc. cit.*).

¹⁵*Ibid.*, p. 87. Continua Alexy: “En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo facto y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (*Loc. cit.*).

¹⁶BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 281.

Cunha Pereira esclarece ter sido por meio deste “material que se tornou possível construir um conteúdo normativo dos princípios e, por conseguinte, aplicá-los diretamente às relações interprivadas”¹⁷.

Gustavo Tepedino, em suas lições, leciona:

[...] A interposição de princípios nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa que modifica o próprio conceito de ordem pública, tendo a dignidade da pessoa humana o valor maior, posto no ápice do ordenamento. Se a proteção dos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional [...] ¹⁸

Nesse diapasão, o papel dos princípios no processo de interpretação e aplicação é, também, o de corroborar todo o sistema, viabilizando o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas – sobrepujando a concepção estritamente positivista, que acredita em um sistema de regras neutro. Diante dessa nova realidade, afasta-se a concepção de um direito estritamente formal e privilegia-se a construção de um Direito vivo, afeto à realidade¹⁹.

2.1.2

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – CANOTILHO

A conceituação principiológica da Constituição estabelecida por José Joaquim Gomes Canotilho²⁰ para o exame do Direito Constitucional português baseia-se na dogmática fundada em princípios, a chamada *dogmática principialista estruturante*.

Esses princípios, que garantem à Constituição determinadas identidade e estrutura, constantes do seu núcleo essencial, estão intimamente ligados aos denominados princípios fundamentais, inclusos nas Constituições portuguesa e

¹⁷PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.p.17/18.

¹⁸TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 4, p. iv, out./dez. 2000.

¹⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, *cit.*, p. 18-19.

²⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

brasileira. Para Canotilho, *os princípios estruturantes* portam uma *dimensão constitutiva*, por exprimirem, indicarem, denotarem ou constituírem uma compreensão global de ordem constitucional, e uma *dimensão declarativa*, por assumirem a natureza de *superconceitos* utilizados para demonstrar a totalidade de vários *subprincípios*.

Quanto à positividade constitucional, ou seja, quanto à consagração desses princípios na ordem jurídico-constitucional positiva e seus efeitos, entende o autor que tanto esses princípios estruturantes como aqueles subprincípios que concretizam suas significações normativas são juridicamente vinculantes, e, não obstante estarem muitas vezes situados em título específico do texto constitucional, como no caso da CRFB/1988, isso “não significa que eles só aí venham consagrados, devendo procurar-se no conjunto global normativo da Constituição as revelações e manifestações concretas desses mesmos princípios”.²¹

Essa compreensão dogmático-constitucional organiza-se na interpretação da Constituição como um sistema normativo aberto de princípios e regras.

Explica Canotilho que por *sistema aberto* se entende

[...] uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça.²²

O modelo de sistemas jurídicos necessita tanto de princípios quanto de regras, pois, caso se utilizasse somente de regras, o sistema seria de limitada racionalidade prática; se baseado exclusivamente em princípios, seria de insegurança jurídica.

As regras e os princípios são duas espécies de normas, cuja distinção, sugerida por Canotilho²³, obedece a alguns critérios: grau de abstração,

²¹ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 182.

²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 165.

²³*Ibid.*, p. 166-167.

determinalidade, fundamentalidade no sistema, proximidade e natureza normogenética (princípios como fundamento de regras)²⁴.

Em sua delimitação do tema, nos quadros do Direito Constitucional, Canotilho distingue os princípios em *jurídicos fundamentais, políticos constitucionalmente confirmadores, constitucionais impositivos e garantias*. Continua o autor:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.²⁵

Quanto aos *princípios constitucionalmente conformadores*, esclarece que eles “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da Constituição”²⁶.

No que se refere aos *princípios constitucionais impositivos*, continua o autor:

Subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da Constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto princípios dinâmicos prospectivamente orientados.²⁷

Finalmente, os princípios que instituem direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos, chamados de *princípios-garantia*, denotam “densidade de

²⁴ Quanto ao grau de abstração, verificamos maior grau nos princípios e grau relativamente reduzido nas regras. O grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto difere entre os princípios – por serem vagos e indeterminados e carecerem de mediações concretizadoras – e as regras – que são susceptíveis de aplicação direta. Relativamente ao carácter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante no ordenamento jurídico. Quanto à proximidade da idéia de direito, tem-se os princípios como *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito e as regras como normas vinculantes com conteúdo meramente formal. Finalmente, os princípios, considerados na sua natureza normogenética, são fundamento de regras, ou seja, são normas que estão na base ou constituem a razão das regras jurídicas.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 171.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 172.

²⁷ *Ibid.*, p. 173.

autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”²⁸ – a exemplo dos princípios *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*.

Também quanto às regras, Canotilho, delimitando o tema, as distingue em *normas constitucionais organizatórias, normas constitucionais materiais, regras jurídico-organizatórias e regras jurídico-materiais*.

As primeiras “regulam o estatuto da organização do Estado e a ordem de domínio (são normas de ação na terminologia italiana); as segundas referem-se aos limites e programas de ação estadual em relação aos cidadãos (são normas de relação)”²⁹.

As regras jurídico-organizatórias, por sua vez, subdividem-se em regras de competência, que são normas constitucionais nas quais se adotam certas atribuições a determinados órgãos constitucionais; regras de criação de órgãos ou normas orgânicas, responsáveis por disciplinar a criação ou instituição constitucional de determinados órgãos; e, finalmente, regras de procedimento, que estabelecem normas procedimentais.

Já no tocante às regras jurídico-materiais, compreendidas pelas regras de direitos fundamentais, de garantias institucionais, determinadoras de fins e tarefas do Estado e constitucionais impositivas, discorre Canotilho que as primeiras abrangem

[...] todos os preceitos constitucionais destinados ao reconhecimento, garantia ou conformação constitutiva de direitos fundamentais. As normas que se destinam a proteger instituições (públicas ou privadas) são designadas, pela doutrina, por normas de garantias institucionais.³⁰

Quanto aos preceitos constitucionais que, de forma global e abstrata, fixam essencialmente os fins e as tarefas prioritárias do Estado, e às regras que impõem deveres concretos e permanentes, materialmente determinados ao Estado, o autor as denomina, respectivamente, *regras determinadoras de fins e tarefas do Estado e regras constitucionais impositivas*.

²⁸*Loc. cit.*

²⁹*Ibid*, p. 174.

³⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional, cit.*, p. 177

Tendo como ponto inicial a Constituição, formada de diferentes tipos e características de “graus de concretização”³¹, Canotilho afirma que a tensão entre as regras ilumina a compreensão da Constituição como um sistema interno estabilizado em princípios estruturantes (indicativos das idéias de toda a ordem constitucional positiva) fundamentais, que, por outro lado, se assentam em subprincípios e regras constitucionais consolidadoras desses mesmos princípios.

Como se pode compreender na formação do sistema interno, os princípios estruturantes recebem consistência e transparência através de suas concretizações (em princípios gerais, especiais ou regras, e estas formam com os primeiros uma unidade da Constituição).

A Constituição, considerando-se o seu conteúdo histórico, político e jurídico, “é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade”³².

Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia, regras e princípios constitucionais valem como *lei*: o direito constitucional positivo. Nesse sentido se fala na *Constituição como norma* (Garcia de Enterría) e na *força normativa da Constituição* (K. Hesse).

A complexa articulação da *textura aberta* da Constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da Constituição não é tarefa fácil, mas, se o direito constitucional é direito positivo, se a Constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade (cf. *Infra*. Parte II, Cap. 3º), regulando jurídica e efetivamente às relações da vida (P. Heck), dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento (Luhmann).³³

Com efeito, Canotilho fala em morte das normas programáticas constitucionais, eis que por normas programáticas se deve conceber, atualmente, um valor jurídico constitucionalmente semelhante ao dos remanescentes preceitos da Constituição. Por essa razão, não se deve falar em simples eficácia programática, uma vez que qualquer norma constitucional deve ser considerada obrigatória diante de quaisquer órgãos do poder político.

Por abertura da norma constitucional entendem-se os espaços normativos deixados à concretização do legislador, do administrador e do juiz, que a “trarão

³¹ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*, cit., p. 228.

³²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 189

³³ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*, cit., p. 183.

de seu estado de normatividade potencial para um status jurídico de normatividade atual imediata”³⁴. Assim, significa dizer que ela comporta relativa delegação aos órgãos concretizadores.

Por outro lado, a densidade aponta a maior proximidade das normas constitucionais no que se refere a seus efeitos e condições de aplicação, impondo-se quando há necessidade de tomar decisões inequívocas em relação a certas controvérsias, quando se trata de definir e identificar os princípios identificadores da ordem social e quando a concretização constitucional imponha a conveniência de normas constitucionais densas³⁵.

Para Canotilho, na análise do conflito de princípios:

O fato de a Constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e o antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.³⁶

No seu entendimento, para a resolução de tensões entre princípios, “estes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso”³⁷.

Concluindo, segundo Canotilho as normas são gênero, do qual os princípios e as regras são espécies, e, para a distinção entre as espécies de normas, vários critérios podem ser utilizados. Certo, porém, que um sistema não pode ser constituído exclusivamente por regras, considerando-se sua limitada eficiência prática ao tentar prever todas as situações, ou unicamente por princípios, caso em que a imprecisão e indeterminação poderiam tornar o sistema frágil do ponto de vista da segurança jurídica.

Logo, como mecanismo propiciador de equilíbrio na constituição de um sistema jurídico, somente o sistema aberto, formado por regras e princípios, seria capaz de acompanhar a constante evolução social.

³⁴*Ibid.*, p. 233.

³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 189.

³⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 189.

³⁷*Ibid.*, p. 190.

Verificou-se que tanto Alexy quanto Dworkin representam a tese da separação qualitativa entre princípios e regras. Lado outro, alguns estudiosos, como Canotilho, consideram que a distinção entre ambas é de grau de generalidade, abstração ou fundamentalidade³⁸.

A conceituação de princípio utilizada por Alexy, como espécie de norma objetada à regra jurídica, difere da conceituação de Canotilho e de outros autores brasileiros como "mandamentos nucleares" ou "disposições fundamentais" de um sistema³⁹, ou ainda como "núcleos de condensações"⁴⁰, indicando a idéia geral de que as normas mais fundamentais do sistema seriam os princípios, enquanto as regras seriam a concretização desses princípios e apresentariam, desse modo, caráter mais instrumental e menos fundamental.

Para Alexy, o conceito de princípio nada diz sobre a fundamentalidade da norma, considerando ele que um princípio pode ou não ser um "mandamento nuclear do sistema", vez que a norma é um princípio em razão não de sua fundamentalidade, mas apenas de sua estrutura normativa.

Dissertando sobre a diferença entre os conceitos de princípio, Virgílio Afonso da Silva ressalta as importantes conseqüências na relação entre ambas as concepções.

Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses "mandamentos fundamentais" de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras.⁴¹

Continua o autor, salientando:

³⁸ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas / Atlas, n. 215, p. 167, 1999.

³⁹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 408.

⁴⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 49.

⁴⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 171-174.

⁴¹SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, p. 612-614, jan./jun. 2003.

[...] não há que se falar em classificação mais ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações ou são coerentes e *metodologicamente* sólidas, ou são contraditórias – quando, por exemplo, são misturados diversos critérios distintivos – e, por isso, pouco ou nada úteis. Se se define "princípio" pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em *princípio* da legalidade ou em *princípio* do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma "tipologia de princípios" – se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios – e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios – legalidade etc. –, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras.⁴²

Como se percebe, o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito *axiologicamente neutro* e seu uso não expressa nenhuma opção por esta ou aquela disposição fundamental, nem por este ou aquele tipo de constituição.⁴³

2.2

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A família, na contemporaneidade, organiza-se sob as bases do princípio da dignidade da pessoa humana, muito embora “esta noção tenha se tornado princípio expresso somente com a Constituição da República de 1988”.⁴⁴ A dignidade, como princípio ético, orienta e pressupõe vários outros princípios, vez que atrelada à noção de direitos humanos.

Segundo José Afonso da Silva, “[...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atribui o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida [...]”⁴⁵.

⁴²*Ibid.*, p. 614. O autor, em nota de rodapé, comenta: “Talvez o caso mais complexo, neste ponto, seja o da dignidade humana. Ninguém discordará que sua proteção seja uma das normas mais fundamentais de qualquer ordenamento jurídico democrático contemporâneo. É nesse sentido que se fala em *princípio* da dignidade da pessoa humana. Porém, caso se entenda que essa seja uma norma que não comporte sopesamento diante de uma colisão com outros princípios, sua classificação como ‘princípio’ fica comprometida, pelo menos se seguirmos os critérios propostos por Alexy [...]. Para uma discussão ampla e atual sobre a dignidade humana, cf., por todos, a ótima dissertação de Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002” (*Loc. cit.*).

⁴³SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, *cit.*, p. 615.

⁴⁴PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, *cit.*, p. 93.

⁴⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 93.

Esse sentido atual da expressão *dignidade da pessoa humana* foi resultado de várias mudanças ocorridas na história da humanidade, organizada em quatro grandes momentos: o Cristianismo, o Iluminismo-Humanista ou Racionalismo, a obra de Immanuel Kant e a Segunda Guerra Mundial⁴⁶. Porém, desde a antiguidade clássica, os povos, segundo ressalta Germán Doig Klinge,

[...] foram descobrindo com as suas próprias luzes e razão, a lei que o ser humano tem gravada em sua natureza, organizando-a em diversas maneiras em códigos ou referências, nos quais descobrimos os primeiros esforços em favor do homem, desde a racionalidade natural.⁴⁷

Assim, as primeiras sociedades organizaram-se, de formas distintas, através de códigos, como o de Hamurabi (1730 – 1685 a. C.), da Babilônia, conhecido por constituir o primeiro registro de tentativa de se buscar a justiça, e o de Manu, na Índia (séc. II a. C. – séc. II d. C.), conjunto de preceitos morais, jurídicos, religiosos e políticos.

Trata-se de formas jurídicas elementares, que nem sempre produzem os efeitos que a consciência jurídica atual exige, mas que são, embora incipientes e insuficientes, as primeiras expressões de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano.⁴⁸

A sociedade chinesa, porém, não se fundamentava em códigos. O confucionismo – nome atribuído ao conjunto de ensinamentos do filósofo Confúcio (551 – 479 a. C.) – pautava a conduta do homem sob a perspectiva do outro.

A dignidade humana destacava-se igualmente como norma elementar de reconhecimento por meio da *Regra de Ouro* “não faças a outro o que não queres que façam a ti”, reforçando o ideal do respeito à dignidade do semelhante assim como à sua própria⁴⁹.

A idéia de justiça, ou o pensamento greco-romano, também evoluiu para as mesmas reflexões, embora com outros contornos, considerando a existência de inúmeras discriminações em desfavor da pessoa humana.

⁴⁶BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 104.

⁴⁷KLINGE, Germán Doig. *Direitos humanos e ensinamento social da Igreja*. São Paulo: Loyola, 1994, p. 38.

⁴⁸*Ibid.*, p. 38.

⁴⁹ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da pessoa humana*, cit., p. 13-14.

Contudo, somente a partir do Cristianismo⁵⁰, que assimilou toda a cultura hebraica, a dignidade da pessoa humana encontrou seu marco fundamental na história da humanidade.

A idéia fundamental e essencial sobre o homem, presente na Bíblia, “é seu caráter de imagem e semelhança do próprio Deus, de onde procederiam a sua inviolabilidade e, ainda, seu lugar na História da humanidade”⁵¹. Essa idéia ganhou ainda maior força com os ensinamentos de amor por todas as criaturas e ao próximo, trazidos por Cristo, segundo os quais se conhecerá o verdadeiro cristão “se vos amardes uns aos outros”⁵². Assim, e de acordo com o Cristianismo, o fundamento da dignidade da pessoa humana encontra-se em Deus.

O papel de Jesus Cristo não foi simplesmente o de legislador moralista, sem outra autoridade senão sua palavra⁵³. A mensagem disseminada por Jesus Cristo e seus seguidores representou um marco na valorização do indivíduo por meio dos princípios e idéias de dignidade e proteção da pessoa humana.

A união da natureza divina à natureza humana, na pessoa do Cristo, manifesta concretamente esse novo sentido da dignidade excelsa a que está vocacionado o homem, que, por intermédio do filho de Deus, pode resgatar e restaurar a imagem e semelhança com o Criador perdida ou apagada em virtude do pecado.⁵⁴

Os ensinamentos de amor e o perdão conduziram o pensamento humano da Antiguidade greco-romana até o final do século XIX, quando o materialismo tomou sua forma mais evidente.

Os ideais do cristianismo, assimilados pelos povos bárbaros muitos séculos depois, serviram de sustentação ao surgimento do racionalismo.

O antropocentrismo e o individualismo renascentista, na medida em que incentivaram a investigação científica, provocaram gradativa separação entre a fé

⁵⁰Segundo Diogo Leite de Campos, "a partir do Cristianismo, qualquer ser humano passou a ser pessoa (homens, mulheres, crianças, nascituros, escravos, estrangeiros, inimigos...) [...]" (CAMPOS, Diogo Leite de. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, v. LXVIII, separata, p. 14, 1992).

⁵¹ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da pessoa humana, cit.*, p. 18.

⁵²EVANGELHO SEGUNDO SÃO JOÃO, capítulo 13, versículo 34-35. Disponível em: <http://www.branuncios.com.br/teologia/evangelho_de_joao.html>. Acesso em: 28 dez. 2007.

⁵³KARDEC, Allan. *O Evangelho segundo o Espiritismo*. Trad. J. Herculano Pires. 55. ed. São Paulo: Lake, 2000, p. 41.

⁵⁴ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da pessoa humana, cit.*, p.19.

(religião) e a razão (ciência), determinando importantes mudanças na forma de pensar e de agir do homem.

O iluminismo, movimento fundado na razão humana, acabou por deslocar a religiosidade do centro do pensamento humano, inserindo, em seu lugar, o próprio homem. Assim, a verdade aparece não como decorrência dos ideais religiosos, mas associada à idéia de aceitação, pois o homem é responsável por seu próprio destino.

Os iluministas acreditavam que a razão seria a explicação para todas as coisas no universo, e que o homem somente poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa, a liberdade e a felicidade por meio da razão.

O desenvolvimento do Humanismo, ou seja, da valorização do homem e da razão, foi responsável por um conjunto de conseqüências importantes para o “desenvolvimento da idéia de dignidade da pessoa humana, como a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder”⁵⁵.

Considerado um dos últimos grandes filósofos do início do modernismo, Immanuel Dealer Kant foi responsável pelo estudo mais consistente sobre a natureza humana – as relações entre os homens e suas criações. Uma das figuras mais representativas do Iluminismo, Kant assim o definiu:

O Iluminismo é a saída do ser humano do estado de não-emancipação em que ele próprio se colocou. Não-emancipação é a incapacidade de fazer uso de sua razão sem recorrer a outros. Tem-se culpa própria na não-emancipação quando ela não advém de falta da razão, mas da falta de decisão e coragem de usar a razão sem as instruções de outrem. *Sapere aude!* (Ouse saber!)⁵⁶

Kant emprega a expressão *dignidade da natureza humana* para designar a razão existente em cada homem, como fonte de um mesmo valor, quando se busca compreender essa natureza⁵⁷. A expressão não é criação direta de Kant, mas da tradição kantiana. Cumpre esclarecer que essa expressão evoluiu da expressão *dignidade da natureza humana* – esta ultima utilizada para indicar o que está em

⁵⁵BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, cit., p. 106.

⁵⁶ILUMINISMO. *Wikipédia, a enciclopédia livre*. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/iluminismo>>. Acesso em: 27 de junho de 2006.

⁵⁷KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 139-140.

questão quando se busca a compreensão ética, atrelada à natureza do ser humano, embora ambas tratem, em essência, da mesma coisa.

Para o filósofo, o Direito e o Estado devem estar organizados em favor dos indivíduos, razão pela qual ele sustenta a necessidade de separação dos poderes, e ainda, da generalização do princípio da legalidade como mecanismo assecuratório da liberdade de persecução dos objetivos de cada indivíduo⁵⁸.

A natureza humana, em Kant, não comporta a utilização do homem como instrumento para a ação de outrem, muito embora não raramente seja comum tal utilização, uma vez que insulta e afronta ao próprio homem. O homem, como ser superior e dotado de consciência moral, está acima de qualquer coisa e de qualquer preço, ou seja, tem um valor que o torna sem preço. Em outras palavras, as coisas têm preço; as pessoas, dignidade.

A dignidade⁵⁹ é o valor intrínseco que faz do homem uma *pessoa*, superior às coisas, um ser dotado de consciência moral e racional, e, por conseguinte, capaz de responsabilidade e liberdade⁶⁰.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.⁶¹

O século XX, sem dúvida, foi marcado por profundas mudanças ocorridas em todos os níveis e setores da vida social e privada.

Nas primeiras décadas, a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, foram introduzidos nos ordenamentos jurídicos, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e de inúmeras Constituições – a exemplo das Constituições das Repúblicas Italiana (1947) e Alemã (1949) – os direitos

⁵⁸LUÑO, Antônio Henrique Perez. *Derechos humanos, estado de derechos y Constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 215.

⁵⁹Rodrigo da Cunha Pereira preleciona: “a noção de Direitos Humanos só pode ser desenvolvida porque em sua base de sustentação está a dignidade de todo e qualquer ser humano, ou seja, na idéia dos Direitos Humanos está a certeza de que determinados direitos devem ser atribuídos às pessoas por uma mesma causa universal e acima de qualquer arbítrio humano [...] Os Direitos Humanos são, portanto, fruto do reconhecimento da existência da dignidade da pessoa humana” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, *cit.*, p. 98).

⁶⁰KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, *cit.*, p. 139.

⁶¹*Ibid.*, p. 140.

individuais e “sociais de cidadania, correspondentes à aquisição de um padrão mínimo de bem-estar e segurança sociais que deve prevalecer na sociedade”.⁶²

De fato, foi após a Segunda Guerra Mundial que a humanidade, perplexa com o genocídio dos judeus e as torturas praticadas nos campos de concentração, editou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que passou a ser a Carta Fundamental norteadora dos princípios de proteção ao ser humano para todos os países, embora constituísse a marca ocidental⁶³ dos direitos humanos.

Certamente, essa experiência histórica de aniquilação do homem, de desrespeito aos valores da vida e da liberdade, fez surgir, através das organizações não-governamentais, o interesse pela luta em favor dos direitos humanos e dos direitos sociais de grupos oprimidos pelo Estado, tendo como objetivos políticos a concepção não-ocidental de direitos humanos, o diálogo entre culturas e o princípio de dignidade da pessoa humana⁶⁴.

A positivação do ideal de dignidade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos somente foi possível em decorrência de um processo de “lutas políticas, ideais de liberdade e igualdade e exigências de organizações políticas econômicas e sociais pós-guerra”⁶⁵.

Desta feita, conclui Rodrigo da Cunha Pereira:

A dignidade da pessoa humana tornou-se indissociável das constituições democráticas, que por sua vez são também indissociáveis dos preceitos basilares dos Direitos Humanos, em cuja Declaração de 1948 estão traduzidos a essência e os espíritos daquilo que se pretende ideal para uma sociedade justa: todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade.⁶⁶

⁶²VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 42.

⁶³Boaventura de Souza Santos esclarece que os direitos humanos não são universais na sua aplicação, sendo atualmente reconhecidos quatro regimes internacionais de direitos humanos: o Europeu, o Interamericano, o Africano e o Asiático. Agrega-se a isso o fato de que todas as culturas tendem a definir seus valores mais fundamentais como os mais abrangentes, porém, apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Assim, a universalidade é uma questão específica da cultura ocidental, que parte da premissa de que a existência de uma natureza humana universal pode ser conhecida racionalmente, por ser diferente da restante e superior às demais, e que o indivíduo é detentor de uma dignidade absoluta e irreduzível, que tem que ser defendida da sociedade e do Estado (SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: _____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 330-337).

⁶⁴*Ibid.*, p. 337.

⁶⁵PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/ IBDFam, n. 16, p. 5-11, jan./mar. 2003.

⁶⁶PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 100.

2.2.1

A DIGNIDADE COMO PRINCÍPIO

A CRFB/1988 consagrou para o ordenamento jurídico brasileiro os princípios fundamentais, impulsionando a criação de uma nova legislação, como é o caso da Lei nº 8.069/1990, o ECA, em atendimento à demanda e aos novos tempos.

Com o estabelecimento dessa nova ordem jurídica, foram surgindo princípios outros, também norteadores para o Direito de Família, a partir dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos II e III da CRFB/1988).

Afirma George Salomão Leite: “As normas principiológicas formam a base de todo o edifício normativo-positivo de um determinado Estado, cimentando e pairando sobre todas as demais normas de comportamento tidas como jurídicas.”⁶⁷

A hermenêutica jurídica vem exercendo importante função na interpretação da Constituição como sistema aberto de princípios e regras. Seu estudo se dá em sentido mais amplo, não bastando conhecer-se, mesmo que profundamente, o Direito, mas se compreender a gramática, a aplicação das leis, a interpretação textual e extratextual, os métodos de interpretação, a doutrina e a jurisprudência. Trata-se de verdadeira filosofia em busca da norma.

Lado outro, os princípios expressam um valor ou uma diretriz, sem descrever determinada situação jurídica ou se reportar a fatos isolados, exigindo, porém, a realização de algo, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas. Isto porque os princípios detêm maior grau de abstração e, como tal, difundem-se para diferentes partes do sistema, contribuindo para a compreensão das regras, unificando e harmonizando todo o sistema normativo.

⁶⁷LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: consideração em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

Considerado o tema sob o prisma conceitual, entende-se por princípios fundamentais⁶⁸ os regramentos de caráter geral voltados aos aplicadores das normas jurídicas, para que estes, ao aplicá-las, removam seus conteúdos normativos.

Os princípios constitucionais, deste modo, são elementos decisivos na configuração de uma Constituição, haja vista ser possível, por meio deles, a construção dos fundamentos do Estado Democrático do Direito.

Neste sentido, uma Constituição consubstancia-se em um conjunto de regras programáticas e princípios conformadores de valores básicos, que possibilitam a normatização principiológica no texto constitucional.

Cumprе salientar que a crescente valorização dos princípios ocorreu no chamado Pós-Positivismo, com o desenvolvimento do humanismo e a promoção da proteção aos direitos difusos e coletivos, incorporada por todos os Estados ditos constitucionais. Os princípios inseridos em seus ordenamentos, compreendendo valores e aspirações da coletividade, passaram a exercer um papel de conformação dos direitos fundamentais.

Rodrigo da Cunha Pereira, quanto à função dos princípios, esclarece:

Os textos legislativos (regras) não conseguem acompanhar a realidade e a evolução social da família. Nem mesmo o Código Civil, em vigor a partir de janeiro de 2003, contempla todas as indagações e inquietações do Direito de Família contemporâneo. A vida e as relações sociais são muito mais ricas e amplas do que é possível conter uma legislação. Os costumes, como uma importante fonte do Direito, vão impulsionando os operadores do Direito para uma constante reorganização do Direito de Família, obrigando-os a buscar em outras fontes do Direito os elementos necessários àquilo que mais se aproxima do justo. Entre todas as fontes do Direito, nos princípios gerais é onde se encontra a melhor viabilização para a adequação da justiça do particular e especial campo do Direito de Família. É somente em bases principiológicas que será possível pensar e decidir sobre o que é justo e injusto, acima de valores morais, muitas vezes estigmatizantes.⁶⁹

⁶⁸SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 96-97. Sobre os princípios fundamentais esclarece ele: “íntegram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte” (cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 78), normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional” (*Loc. cit.*).

⁶⁹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família*, *cit.*, p. 36.

Por esta razão, entende ele que os princípios exercem uma função otimizadora do Direito, devendo pairar sobre toda a organização jurídica, preenchendo até mesmo as lacunas deixadas por outras normas, independentemente de estarem expressos ou não.

Não seria diferente também para o Direito de Família, que se funda em princípios fundamentais e vitais, assentados em uma hermenêutica constitucional, como os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, da solidariedade e da não-discriminação.

As Constituições democráticas foram fundadas nos preceitos trazidos pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e pelas prescrições basilares contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, cujos ideais, que se pretendem para uma sociedade justa, começam e terminam com a consideração da liberdade e da autonomia privada, vez que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos⁷⁰.

Carmem Lúcia Antunes Rocha, doutrinadora brasileira de renome, afirma que a dignidade “é o pressuposto da idéia de justiça humana [justamente] porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e de sentimento”⁷¹.

Declara a autora que, por tal motivo, a dignidade do homem não depende de “merecimento pessoal ou social [uma vez que é] inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal”⁷².

Partindo-se deste pressuposto, a dignidade constitui um macroprincípio constitucional de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, na medida em que abarca vários outros princípios e valores essenciais, como os da liberdade⁷³, solidariedade, cidadania e igualdade.

O substrato material da dignidade, assim entendida, pode ser desdobrado em quatro postulados, segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

⁷⁰*Ibid.*, p. 100.

⁷¹ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*. São Paulo: Notadez, ano 1, n. 4, p. 72, out./dez. 1999.

⁷²*Ibid.*, p. 72.

⁷³Evidentemente, a realização da liberdade somente poderá ocorrer se declarados, assegurados e exercidos os direitos fundamentais.

i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.⁷⁴

Maria Celina Bodin de Moraes ainda sustenta a dignidade da pessoa humana como macroprincípio que não pode ser relativizado – o que é possível apenas em relação aos subprincípios que compõem o seu conteúdo –, e aponta como solução a ponderação de princípios, de modo a se alcançar sempre a dignidade⁷⁵.

Como se vê, esse novo *pensar* no Direito foi consequência da evolução do pensamento humano, aliado às lutas e conquistas históricas que acabaram por sustentar as bases do Estado Democrático de Direito por meio do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, justamente por protegerem a pessoa em todas as esferas, inclusive a da vida em sociedade, que pressupõe a garantia do exercício da cidadania, são imprescindíveis para o Direito de Família, considerado instrumento de realização dos ideais postos a serviço dessa instituição e dos que dela fazem parte.

Em consequência do fato de a vida constituir um dos fundamentos do princípio da dignidade da pessoa humana, surge a exigência do respeito à integridade física e psíquica e aos meios mínimos para o exercício da vida, que são condições respectivamente naturais e materiais da existência. Ainda quanto à dignidade, e como consequência da especificidade do homem – aberto ao diálogo com o próximo e ao amor –, prescreve-se o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária como condições culturais⁷⁶.

Diante da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e em face da garantia da inviolabilidade dos direitos inerentes à pessoa,

⁷⁴MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana, cit.*, p. 85.

⁷⁵*Loc. cit.*

⁷⁶AZEVEDO, Antônio Junqueira. Réquiem para uma certa dignidade da pessoa humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família: família e cidadania. O novo CCB e a vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey / IBDFam, 2002, p. 334.

incluindo o pressuposto da intangibilidade da pessoa humana, merecedora de maior atenção, tal preceito – a vida –, disposto no caput do artigo 5º da CRFB/1988, torna-se essencial.

Vale ressaltar que vários foram os mecanismos “antidemocráticos” e de indignidade utilizados em desfavor da família, como o reconhecimento do casamento como única forma de família ou a diferenciação de filhos nascidos dentro ou fora do casamento⁷⁷.

Rodrigo da Cunha Pereira esclarece:

O Direito de Família está intrinsecamente ligado aos “Direitos Humanos” e à dignidade. A compreensão dessas noções, que nos remetem ao conceito contemporâneo de cidadania, é que tem impulsionado a evolução do Direito de Família. Cidadania pressupõe não exclusão. Isto deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.⁷⁸

⁷⁷Até a promulgação da CRFB/1988, os filhos eram classificados em 4 grupos: legítimos, legitimados, ilegítimos e adotivos. Segundo a classificação de Fernando Simas Filho, filhos *legítimos* eram aqueles concebidos na constância do casamento, mesmo que, se putativo fosse anulado; *legitimados* aqueles nascidos de pessoas que vieram a se casar posteriormente, *ilegítimos* aqueles nascidos de pessoas não casadas ou advindos de casamento nulo, não putativo; e *adotivos* os que por força de lei, passavam a ser filhos de pessoas que não eram os seus progenitores. Os filhos ilegítimos, por sua vez, subdividiam-se em naturais e espúrios. Os primeiros eram aqueles nascidos de indivíduos não impedidos de se casarem à época de sua concepção, ao contrário dos espúrios, nascidos de pais impedidos de se casarem, por serem ambos, ou um deles, já casados (adulterinos) ou por serem os pais vinculados por consangüinidade em grau impeditivo (incestuosos). (SIMAS FILHO, Fernando. *A prova na investigação de paternidade*. 4. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1995, p. 17). Atualmente, essa divisão não mais existe. A CRFB/1988 assegurou através do artigo 226, parágrafo 6º a absoluta igualdade entre os filhos, adotivos ou naturais, havidos ou não do matrimônio, proibindo quaisquer discriminações relativas a filiação. O ECA afasta, da mesma forma, as designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 20), repetindo a noção de igualdade entre os filhos, e pautado no Princípio da Supremacia da Constituição. Ainda em seu artigo 27, a referida lei prevê que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível, imprescritível e inalienável, admitindo-o sem qualquer restrição.

⁷⁸PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para a organização jurídica da família*. Curitiba: Faculdade de Direito – Universidade Federal do Paraná, 2004. Tese – Doutorado em Direito, p. 72.

2.3

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Solidariedade significa reciprocidade de interesses e obrigações, dependência mútua, relação de amparo recíproco⁷⁹.

O princípio da solidariedade, consagrado no artigo 3º, inciso I da CRFB/1988, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e, segundo Paulo Luiz Netto Lobo,

Quando o comando constitucional refere “sociedade solidária”, inclui, evidentemente, a “base da sociedade” (art. 226), que é a família. [...] A família brasileira, na atualidade, é espaço de realização existencial das pessoas, em suas dignidades e como locus por excelência de afetividade [...].⁸⁰

Justamente por estar contido no princípio geral instituído pela CRFB/1988 é que o princípio da solidariedade, do ponto de vista jurídico, objetiva a “igual dignidade social”, identificando-se assim como um conjunto de instrumentos voltados para a garantia de uma existência digna, comum a todos⁸¹.

O conteúdo da solidariedade é assistencial, originado no período pós-guerra a partir da preocupação do homem com o próprio homem, em face das atrocidades cometidas pelo regime nazi-fascista. Nesse contexto, o valor essencial

⁷⁹Pedro Buck Avelino conceitua solidariedade como “atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo” (AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 53, out./dez. 2005, p. 250).

⁸⁰IBDFAM. Entrevista com Paulo Luiz Netto Lobo: a função social dos direitos. *Boletim IBDFAM*. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, n. 46, set./out. 2007, p. 3. Afirma Paulo Luiz Netto Lobo ainda: “A solidariedade e a dignidade da pessoa humana são dois hemisférios indissociáveis do núcleo essencial irreduzível da organização social, política e cultural e do ordenamento jurídico brasileiros. De um lado, o valor da pessoa humana enquanto tal, e os deveres de todas para com sua realização existencial, nomeadamente no grupo familiar; de outro lado os deveres de cada pessoa humana com as demais, na construção harmônica de suas dignidades” (Ibid.). Perguntado sobre qual a relação entre solidariedade e família, esclarece que o princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros. Isso se dá frente a duas dimensões que o autor diz existir, do princípio da solidariedade, no plano das famílias: a primeira no âmbito interno das relações entre os próprios membros da família, face ao respeito e deveres de cooperação recíprocos; e a segunda, quanto às relações do grupo família com a comunidade, demais pessoas e ambiente em que vive (Ibid.).

⁸¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br>>. Acesso em: 27 fev. 2007.

passa a ser a pessoa humana e a sua dignidade, em detrimento da vontade individual, suporte fático jurídico das relações patrimoniais⁸².

Maria Celina Bodin de Moraes sustenta:

O abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil.⁸³

De fato, tratou o legislador constituinte de incluir expressamente no texto o artigo 3º e seus incisos, como forma de privilegiar a atuação promocional, através do modelo de justiça distributiva⁸⁴, calcada na igualdade substancial, vedado qualquer tipo de discriminação⁸⁵, asseguradas a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

Tal orientação deve permear as decisões não somente no momento de elaboração da legislação ordinária, mas também nos momentos da execução das políticas públicas e de interpretação e aplicação do Direito, por todos os membros da sociedade⁸⁶.

O princípio constitucional da solidariedade utiliza-se de instrumentos de garantia de uma sociedade livre, justa e solidária, transformando o sentimento de solidariedade – ou seja, afeto, cooperação, amparo e cuidado – em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares por meio da normatização de condutas verificáveis.

⁸²No caso brasileiro, essa mudança de perspectiva deu-se por força do artigo 1º, inciso III da CRFB/1988 e da nova ordem que se instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial, é o entendimento expresso por Maria Celina Bodin de Moraes, para quem “De acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de Direito tem por fundamento a dignidade humana, igualdade substancial e solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção da desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os que aqui vivem” (MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 110).

⁸³MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: MESSIAS, Manoel; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 185.

⁸⁴Sobre o tema, consultar CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁸⁵MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade da pessoa humana, *cit.*, p. 35.

⁸⁶*Ibid.*, p. 36.

A organização social, política, cultural e do ordenamento jurídico depende diretamente da efetividade dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade: a uma, porque estabelece deveres de todos para com sua realização existencial; a duas, porque estabelece deveres de cada pessoa humana para com as demais⁸⁷.

Notadamente no Direito de Família, verifica-se que o princípio da solidariedade incide permanentemente nessa instituição, impondo deveres quer a ela, enquanto ente coletivo, quer a cada um de seus membros, individualmente⁸⁸. Os deveres de reciprocidade e cooperação entre os membros da família estão intimamente ligados ao já mencionado *reconhecimento do outro*, conhecido como a *Regra de Ouro*, formulada por Jesus no Sermão da Montanha: "Portanto, tudo o que vós quereis que os homens vos façam, fazei-lho também vós a eles."⁸⁹

2.4

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO

O princípio da não-discriminação tem relação intrínseca com o princípio da igualdade, eis que é fruto do processo evolutivo desta, na medida em que veda discriminações injustificadas, legitimando aquelas necessárias para a concretizar a igual condição entre todos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe sobre a liberdade e a igual dignidade em direitos entre todos os seres humanos (artigo 1º), sendo

⁸⁷Para Paulo Luiz Netto Lobo, "o princípio da solidariedade é o grande marco paradigmático que caracteriza a transformação do Estado Liberal e individualista do século XIX, em Estado Democrático e social, com suas vicissitudes e desafios, que o conturbado século XX nos legou" (IBDFAM. Entrevista com Paulo Luiz Netto Lobo: a função social dos direitos, *cit.*, p. 3). Também Hannah Arendt afirma: "nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos; mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens [...] o surgimento da cidade-estado significava que o homem recebera, além de sua vida privada, uma espécie de segunda vida, o seu *bios politikos*. Agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma grande diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*)" (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo; posfácio Celso Lafer. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 31).

⁸⁸IBDFAM. Entrevista com Paulo Luiz Netto Lobo: a função social dos direitos, *cit.*, p. 3.

⁸⁹EVANGELHO DE MATEUS, capítulo 7, versículo 12. Disponível em: <http://www.branuncios.com.br/teologia/evangelho_de_mateus.html>. Acesso em: 28 dez. 2007.

todos iguais perante a lei, com direito à igualdade de proteção contra qualquer discriminação que venha a violar os dispositivos da Declaração, assim como qualquer incitamento a tal discriminação (artigo 7º).

O combate à discriminação⁹⁰ se faz por meio de instrumentos de concretização da igualdade⁹¹, que abarcam processos de inclusão social, próprios das sociedades democráticas, e seu reconhecimento veda o tratamento diferenciado ligado a discriminações injustificadas e desqualificantes, materializadas na intolerância e no preconceito.

Há situações, contudo, em que a discriminação é necessária para suprimir situações de desigualdade já existentes, como é o caso, por exemplo, do sistema de quotas estabelecido em algumas universidades, baseado no tratamento desigual conferido aos desigualmente considerados – mecanismo este de proteção homenageado pelo princípio da igualdade. Essas discriminações, também chamadas *discriminações positivas*, são representadas por políticas públicas destinadas a eliminar tais situações discriminatórias.

Assim, em determinados casos, a adoção de medidas discriminatórias deverá ocorrer com o escopo de igualar situações desiguais, frente à heterogeneidade existente na sociedade, impossibilitando a adoção de métodos de proteção uniforme. Essa análise dos desiguais de forma desigual, na medida em que legitima as discriminações necessárias para a efetivação da igualdade entre os indivíduos, afasta as discriminações injustificadas. Nessas situações, os tratamentos normativos diferenciados somente serão compatíveis com a Constituição quando constatada a existência de uma finalidade proporcional ao fim visado⁹².

⁹⁰ Etimologicamente, o termo vem do latim *discriminare*, que significa separar, distinguir (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm>>. Acesso em: 22 jan. 2008).

⁹¹ ARENDT, Hannah. A condição humana, *cit.*, p. 188. Segundo Arendt, se os homens não fossem iguais, seriam eles incapazes de compreenderem-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades de gerações vindouras. Mas se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender, vez que, por meio de simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas, à semelhança do que ocorre com os animais.

⁹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 62.

Tarefa difícil é a de se estabelecer quais os critérios a serem utilizados, dentro do ordenamento jurídico, para justificar a definição das desigualdades que exigirão tratamento diferenciado e das igualdades às quais se imporá tratamento uniforme diante da circunstância apresentada.

No que se refere à criança e ao adolescente, os critérios devem se pautar sobretudo no princípio do melhor interesse e na convivência familiar, devendo o julgador orientar-se pelos corolários do dever da imparcialidade, bem como da vedação à discriminação.

2.5

O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Originalmente, a responsabilidade de guarda e proteção de pessoas incapazes, o instituto do *parens patriae*, iniciou-se na Inglaterra. A partir do século XIV, as Cortes da Cancelaria, compostas por guardiões, passaram a cuidar de todas as pessoas incapazes de reger a sua pessoa e administrar os seus bens, inclusive as crianças.

Posteriormente, já no século VIII, tais Cortes passaram a aplicar o instituto do *parens patriae* de formas separadas para a infância e para os loucos. Cumpre esclarecer, contudo, que naquela época as crianças ainda eram consideradas objetos, pertencentes aos pais.

Porém, somente em 1836 o princípio do melhor interesse passou efetivamente a vigorar na Inglaterra – diferentemente dos Estados Unidos, onde várias mudanças foram estabelecidas pelo princípio do *best interest*, introduzido em 1813⁹³. Essa trajetória culminou na atual orientação de que todos os fatores devem ser igualmente considerados, sem qualquer tratamento privilegiado a um

⁹³Tânia da Silva Pereira, citando Daniel B. Griffith, informa: “O princípio do *best interest* foi introduzido em 1813 nos Estados Unidos no julgamento do caso *Common wealth v. Addicks*, da Corte da Pensilvânia, onde havia a disputa pela guarda de uma criança numa ação de divórcio em que o cônjuge-mulher havia cometido adultério. A corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança. Naquela oportunidade, segundo a autora, é que foi introduzida nos Estados Unidos a *Tender Years Doctrine*, que definia os cuidados da mãe com relação à criança, em razão da baixa idade desta, o que veio a criar a ‘presunção de preferência materna’ em tais cuidados” (PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança*, cit., p. 3).

ou outro genitor, no trato da criança e do adolescente, conduzindo a uma nova orientação dos Tribunais e juízes, obedecendo ao caso concreto.

Desta feita, pode-se concluir que a subjetividade de cada juiz interfere diretamente na aplicação do princípio, uma vez que não há como fixar critérios de aplicação uniforme, em face da peculiaridade de cada caso concreto.

2.5.1

O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: CONSOLIDAÇÃO NO DIREITO POSITIVO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vários documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente – alguns de maior, outros de menor importância – vigoraram anteriormente ao estabelecimento da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança⁹⁴, aprovada pela ONU em 1989. Citam-se, porém, os mais expressivos.

O ponto de partida, sem dúvida, surgiu em 1924, em Genebra: a aprovação da Declaração dos Direitos da Criança, que se posicionou favoravelmente à elaboração de leis apropriadas para a proteção à população infanto-juvenil.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento internacional a reconhecer a criança como objeto de cuidados particulares, por força do item 2 do seu artigo XXV, que dispõe: “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”⁹⁵

Ressalta-se que tal dispositivo se tornou base de sustentação necessária para que a Organização das Nações Unidas pudesse, por intermédio de tratados internacionais, proteger os direitos das crianças, preparando a comunidade internacional para a criação de instrumentos legislativos específicos, como o Pacto

⁹⁴Essa Convenção reconheceu o caráter de vulnerabilidade da criança e do adolescente enquanto seres em fase de desenvolvimento, arraigando, desta feita, a política de proteção integral.

⁹⁵ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos* [1948]. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1948, na Áustria. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/>. Acesso em: 10 dez. 2007.

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, que, em seus artigos 24 e 25, dispõe:

Artigo 24.

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.
2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente após o seu nascimento e deverá receber um nome.
3. Toda criança terá direito a adquirir uma nacionalidade.

Artigo 25.

4. Os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e responsabilidades dos esposos quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, deverão adotar-se disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos.⁹⁶

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, documento específico e de importância ímpar para a proteção dos direitos fundamentais das crianças, afirmou: "A Humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços"⁹⁷ segundo os princípios de proteção especial: conveniência e facilidades necessárias ao pleno desenvolvimento saudável; melhoramentos concernentes à seguridade social, inclusive adequada nutrição, moradia, lazer e serviços médicos, bem como proteção contra todas as formas de negligência, exploração e crueldade.

Bem ressaltou Norberto Bobbio:

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral em 20 de novembro de 1959, refere-se em seu preâmbulo à Declaração Universal; mas, logo após essa referência, apresenta o problema dos direitos da criança como uma especificação da solução dada ao problema dos direitos do homem. Se se diz que a criança, por causa de sua maturidade física e intelectual, necessita de uma proteção particular e de cuidados especiais, deixa-se assim claro que os direitos da criança são considerados como um *ius singulare* com relação a um *ius commune*; o destaque que se dá a essa especificidade, através do novo

⁹⁶ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos da Criança* [1959]. Proclamada na Assembleia Geral de 10 de dezembro de 1948, na França. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/direitosdacrianca.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2005.

⁹⁷ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* [1966]. Adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil, ratificado em 24 de janeiro de 1992 e em vigor desde 24 de abril de 1992. Disponível em: <http://www.interlegis.gov.br/processo_legislativocopy_of_20020319150524/20030616104212/20030616113554/>. Acesso em: 28 dez. 2007.

documento, deriva de um processo de especificação do genérico, no qual se realiza o respeito à máxima *suum cuique tribuere*.⁹⁸

Também a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, estabelece, em seu artigo 19, a proteção do Estado em razão da menoridade: “Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.”⁹⁹

Em 1985, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou regras Mínimas para a administração da Justiça Juvenil, pautadas nos direitos humanos nas relações internacionais, consagradas no artigo 4º, inciso II da CRFB/1988, como também refletindo profundamente no ECA quanto às normas de conduta.

A partir da Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁰⁰, aprovada pela ONU em 1989 e ratificada por 192 países, foram reconhecidos direitos próprios à criança e ao adolescente, passando-se a considerá-los sujeitos titulares de direitos individuais, políticos, civis culturais e sociais.

José de Faria Tavares explica bem:

Sujeitos aptos ao gozo dos seus direitos, mas sem capacidade alguma de exercício pessoal com efetividade e autonomia (absolutamente incapazes), ou de incapacidade incompleta (os relativamente incapazes).¹⁰¹

Considera-se criança o ser humano com menos de 12 anos de idade e adolescente o de 12 anos completos até os 18 anos incompletos. Cumpre salientar

⁹⁸BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 35.

⁹⁹ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre os Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica* [1969]. Subscrita na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969., Disponível em: <http://cenad.signet.com.br/cenad1/radcom_tv/pacto_saojose.html>. Acesso em: 2 nov. 2007.

¹⁰⁰José de Faria Tavares ressalta: “A Convenção dos Direitos da Criança, constante da Resolução nº 44 da Assembléia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, consolidou os documentos internacionais precedentes, tornando-os princípios basilares deste ramo do Direito. Constitui assim, a fonte por excelência do Direito especial da Infância e da Juventude, com a Institucionalização do Direito Internacional da Doutrina da proteção integral. [...] constitui um documento marcante na regulamentação do Direito Infante-juvenil. Tanto que dizem os jusinternacionalistas ser o documento normativo que tem provocado maior mobilização no mundo inteiro, depois da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, com o maior número de adesões recebidas” (TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 42-43)

¹⁰¹TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 26.

que, para a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, criança é “todo o ser humano menor que 18 anos de idade”¹⁰². Portanto, merece tratamento legal intrínseco a essa condição humana, assim definido por Mário Moura Rezende: “O Direito do Menor é um direito novo, que se dirige ao menor que outrora não passava de simples objeto do direito e recaía o *patria potestas* que atingia sua culminância no arbítrio do pai de família.”¹⁰³

Cumprido esclarecer que o autor se refere ao fato de que, antes do reconhecimento de seus direitos, ou seja, até o início do século XX, os filhos eram tidos, tanto no Ocidente como no Oriente, como “servos da autoridade paterna”¹⁰⁴, podendo inclusive ser alienados, em face do estado de *coisa* – portanto, objetos, e não sujeitos de Direito.

O direito da criança e do adolescente pauta-se sobretudo na doutrina da proteção integral, que abrange todas as suas carências enquanto seres em desenvolvimento, como bem resume Paulo Lúcio Nogueira: “[...] desenvolvimento pleno da pessoa humana que se realiza de maneira natural, em crescimento normal, equilibrado, harmônico, quer dizer, físico, mental, moral, espiritual e social”¹⁰⁵.

O paradigma da proteção integral à população infanto-juvenil norteia-se pelo conceito fundamental de que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos perante a família, a sociedade e o Estado, e, por estarem em processo de desenvolvimento, merecem especial atenção do Estado.

Vários outros documentos Internacionais ainda podem ser citados, como as Regras de Beijng, que dispõem sobre regras mínimas para administração da justiça infanto-juvenil¹⁰⁶; as Diretrizes de Riad, documento que se preocupou com

¹⁰²ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*. Aprovada pela Resolução nº 44 da Assembléia Geral em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.jep.org.br/downloads/jep/sistemaglobal/conv_direitos_crianca.htm>. Acesso em: 27 dez. 2007.

¹⁰³REZENDE, Mário Moura. *Introdução ao estudo do Direito do Menor*. João Pessoa: A União, [s.d.], p. 16.

¹⁰⁴TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 46.

¹⁰⁵NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12.

¹⁰⁶As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijng – foram estabelecidas pela Resolução n.º40.33 da Assembléia Geral em 29 de novembro de 1985.

a “prevenção da delinquência juvenil”¹⁰⁷; e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade¹⁰⁸.

É necessário esclarecer que esses dois últimos documentos, ainda não ratificados pelo Brasil, serviram como fontes de pesquisa para a elaboração do ECA.

Diante da ordem jurídica internacional estabelecida, de proteção aos direitos da infância e juventude, consagrada no Brasil por meio da CRFB/1988 e regulamentada através do ECA, é que a doutrina de proteção integral foi adotada.

A doutrina de proteção integral da criança, com origem na Declaração Universal dos Direitos da Criança, afirma, em seu Preâmbulo, seu escopo de reconhecimento da necessidade da adoção de esquemas de proteção individualizados, considerando: “A criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento.”¹⁰⁹

O primeiro Código de Menores do Brasil, conhecido como Código Mello Mattos, instituído pelo Decreto nº 17.943-A, de 1927 – resultante da Declaração de Genebra, de 1924 –, tratou de forma diferente o menor abandonado, sob influência da filosofia de amparo.

Posteriormente, surgiu o Código de Menores, a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, o primeiro a eleger como objetivo o cuidado com o menor em situação irregular.

Ensina José de Farias Tavares:

O Código de 1916 dedicou boa parte do seu espaço para regular as relações jurídicas que envolvam menores, sob a égide o pátrio poder-dever, ou do substitutivo em forma de tutela, com forte traço do patriarcalismo dentro do figurino da família legítima nuclear, fundada no casamento.¹¹⁰

¹⁰⁷ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad*. Aprovadas pela Assembléia Geral em 1º de março de 1988. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm>. Acesso em: 26 dez. 2007.

¹⁰⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade*. Aprovadas pela Assembléia Geral em 14 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm> . Acesso em: 26 dez. 2007.

¹⁰⁹ONU. *Declaração Universal dos Direitos da Criança*, cit.

¹¹⁰TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*, cit., p. 59.

Contudo, foi a CRFB/1988 que ditou o princípio da proteção integral, como mencionado anteriormente, nas disposições sobre a infância e a juventude.

É necessário elencar, além da corrente jurídica doutrinária de proteção integral, outras duas correntes que existiram no Brasil quanto à proteção da população infanto-juvenil.

A doutrina do Direito Penal do Menor, constante dos Códigos Penais de 1830 e 1890, consistia no tratamento da questão infanto-juvenil apenas sob o aspecto da delinquência e da responsabilidade penal dos menores.

O Código de Menores – Lei nº 6.697/1979 – adotou a Doutrina Jurídica da Situação Irregular, de 1979, representando avanço em relação à doutrina anterior, apesar de prever somente as hipóteses em que o menor estivesse abandonado, fosse carente ou infrator, assim como em situação irregular, sem, contudo, proporcionar-lhe proteção integral. O objetivo principal desse Código foi o de tutelar a família, base da sociedade.

Em 1990, o Código de Menores foi substituído pelo ECA.

A criança e o adolescente destacaram-se no ambiente familiar a partir do momento em que a família passou a constituir a base de valorização e proteção da dignidade de cada membro, e, em especial, daqueles ainda em desenvolvimento, o que os caracteriza como dependentes para os atos da vida.

A CRFB/1988 inaugurou nova perspectiva de família, tornando-a protegida e valorizada, enquanto núcleo de promoção humana, pelo Estado. A população infanto-juvenil, por encontrar-se em situação de fragilidade, em face do processo de amadurecimento e formação da personalidade, passou a ter posição privilegiada no seio familiar e na sociedade.

Tânia da Silva Pereira, referindo-se ao Direito da Criança e do Adolescente como direito especial, fundado em direitos fundamentais constitucionais, destaca:

Não se pode prescindir de se recorrer a outras ciências para prevenir violações e proteger direitos. É prioritária a integração entre disciplinas, sobretudo aquelas que diretamente irão contribuir para a proposta maior de proteção dos nossos “sujeitos e direitos”. Encontraremos na Psicologia, Pedagogia, Medicina, Sociologia, etc., recursos técnicos e princípios dogmáticos para que os fins sociais previstos na lei 8.069/90 sejam atingidos.

[...]

Partindo de princípios fundamentais comuns a todas as ciências conexas, caberá ao jurista fixar, através da disciplina das relações humanas, a unidade fundamental desses princípios para que todas as ciências deles se utilizem, unindo-se numa finalidade comum, através de uma equação proporcional entre direitos e obrigações do Estado, da Sociedade e da Família, seja assegurada especialmente, com Prioridade Absoluta, a proteção de pessoas em situação peculiar de desenvolvimento.¹¹¹

Como já mencionado, o Código de Menores foi substituído pelo ECA, em 1990. Crianças e adolescentes passaram a ser considerados cidadãos, com direitos pessoais e sociais garantidos, desafiando os governos a implementarem políticas públicas especialmente dirigidas a esse segmento.

Importante ressaltar novamente a imensa contribuição dos documentos internacionais que serviram como suporte para o surgimento do Estatuto, como a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ambas ratificadas pelo Brasil.

O ECA constitui um conjunto hierarquizado de normas com o escopo de proteção da integridade psicofísica da população infanto-juvenil.

Vale a pena lembrar que, nos tempos que antecederam a promulgação desse Estatuto, havia no Brasil duas categorias distintas de crianças e adolescentes: uma, representada pelos filhos socialmente incluídos e integrados, realmente denominados “crianças e adolescentes”; outra, a dos filhos dos menos favorecidos e excluídos, chamados de *menores*.

A terminologia *menor* era utilizada na antiga lei, baseada na Doutrina do Direito Penal do Menor e na Doutrina da Situação Irregular, ambas considerando o menor como objeto da tutela do Estado e definindo tratamentos, por vezes, segregativos, em face da proliferação de abrigos e internatos, locais de violações dos direitos humanos.

Fundado sob as bases da CRFB/1988, o ECA passou a tratar as crianças como sujeitos de direitos e em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, sem distinção de raça, classe social ou qualquer forma de discriminação, e a quem

¹¹¹PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 38-39.

se deve assegurar absoluta prioridade na elaboração de políticas públicas. Em razão dos avanços trazidos pela Constituição, e pelos demais documentos internacionais de proteção à infância e a juventude citados, é que o termo *menor* foi substituído por *criança e adolescente*, por trazer o primeiro a idéia de sujeitos sem direitos, remetendo às já mencionadas Doutrina da Situação Irregular e Doutrina do Direito Penal do Menor.

Vários outros preceitos do ECA marcaram a ruptura com o modelo anterior, como a garantia do direito à convivência familiar e comunitária, a garantia das medidas de proteção, a integração e a articulação das ações governamentais e não-governamentais na política de atendimento, a garantia de devido processo legal e da defesa ao adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional.

O Estatuto representou um avanço ao priorizar e resgatar a cidadania da infância e da juventude, valorizando a condição das crianças e dos adolescentes, de sujeitos do direito, universalizada pelos documentos internacionais. Assegura, sem discriminação, os direitos da população infanto-juvenil, considerando crianças e adolescentes “pessoas em condições peculiar de desenvolvimento”¹¹².

O ECA atua como instrumento de desenvolvimento social, punindo o abuso do poder familiar, ou de qualquer outro que tenha o dever de zelar pela integridade psicofísica dos menores, além de prestar, através das políticas públicas, sociais básicas e assistencialistas, serviços de proteção e defesa das crianças e adolescentes vitimizados e proteção jurídico-social.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CRFB/1988, dispondo que os Tratados e Convenções internacionais que versarem sobre os direitos humanos, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de seus membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim será em razão do princípio da continuidade do ordenamento jurídico, que orienta o ingresso imediato no novo ordenamento jurídico das

¹¹²BRASIL. *Lei nº 8.069, cit.*

normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, se compatíveis com esta, e do princípio da recepção¹¹³.

O ECA, seguindo as diretrizes do artigo 274 da CRFB/1988, estabeleceu normas de proteção dispostas em seus artigos 3º e 4º, que vale a pena registrar:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.¹¹⁴

Nesse sentido, Paolo Vercelone anuncia três princípios que, segundo ele, estão presentes nesses artigos:

a) crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais assegurados a toda pessoa; b) eles têm direito, além disso, à proteção integral que é a eles atribuída por este Estatuto; c) a eles são garantidos também todos os instrumentos necessários para assegurar seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.¹¹⁵

Em 1999, o Brasil promulgou, através do Decreto nº 3.087, a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída e aprovada na 17ª Seção da Conferência de Leis Privadas Internacionais, realizada em Haia¹¹⁶.

¹¹³Jorge Miranda define a inovação do direito ordinário anterior como a depender de um único requisito: que as normas da legislação infraconstitucional anterior não sejam desconformes com a Constituição posterior (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, T. II, 1991, p. 275-279). No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos sustenta: “Todas as vezes que esta [norma da legislação infraconstitucional] esbarrar com o texto constitucional, quer na sua literalidade, nos seus princípios, nos seus valores, ou quer, ainda, nas disposições programáticas, em quaisquer dessas hipóteses, a norma não transpõe os obstáculos para sua recepção e torna-se também uma norma destituída de eficácia e que acompanha a revogação por que passou a Constituição anterior” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 174).

¹¹⁴BRASIL. *Lei nº 8.069, cit.*

¹¹⁵VERCELONE, Paulo *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família, cit.*, p. 131.

¹¹⁶BRASIL. **Decreto nº 3.087**, de 21 de junho de 1999. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.dji.com.br/decretos/1999-003087/1999-003087.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2007. Esse Decreto foi complementado em setembro do mesmo ano (BRASIL. **Decreto nº 3.174**, de 16 de setembro de 1999. Designa as Autoridades Centrais

Ainda nesse sentido, cita-se o Protocolo II, de 1977, sobre a proteção das crianças vítimas de conflitos armados, sem caráter internacional¹¹⁷. E finalmente, a Declaração Mundial sobre Sobrevivência, Proteção e Desenvolvimento das Crianças, de 1990, que dispôs sobre serviços de vacinação e saúde voltados às crianças em áreas de conflitos e de mobilização internacional, os chamados “corredores da paz”¹¹⁸.

Destaca-se, por conseguinte, a importância da estrutura normativa relativa à proteção à população infanto-juvenil nos documentos internacionais citados, não só porque estabelecem acordos e metas a serem cumpridos pelos países signatários, mas porque definem a prioridade absoluta na construção das bases jurídicas indispensáveis à proteção integral da criança.

encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, institui o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e cria o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D3174.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2007). Sobre o tema, cf. PEREIRA, Tânia da Silva. *Considerações preliminares sobre a Convenção de Proteção da Criança e Adoção Internacional – 1993 (Haia) e sua compatibilização com a Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA prevista no art. 52, ECA*. Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude, Texto nº 14.

¹¹⁷BRASIL. *Decreto nº 849*, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977, adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/protocolo%20II.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2007.

¹¹⁸ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex42.htm>. Acesso em: 26 dez. 2007.