

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO
PROCEDIMENTO JUDICIAL DESTINADO À PERDA E À
SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR**

GIANCARLO BREMER NONES

Itajaí-SC, novembro de 2015

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO
PROCEDIMENTO JUDICIAL DESTINADO À PERDA E À
SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR**

GIANCARLO BREMER NONES

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu

Itajaí-SC, novembro de 2015

AGRADECIMENTOS

Concluído o árduo trabalho de pesquisa que se consolidou com a presente Dissertação, é chegado o momento de fazer um retrospecto dos momentos vivenciados e reconhecer a todas as pessoas que, de alguma forma, contribuíram para que esse objetivo se tornasse possível.

Inicialmente, gostaria de agradecer ao amigo, professor e orientador Doutor Pedro Manoel Abreu, por todo o apoio e incentivo, bem como por sua inabalável crença no impossível que agora se torna real.

Às amigas Ana Cristina Borba Alves e Vânia Petermann, por compartilharem da inabalável crença de meu orientador no impossível.

À amiga Brigitte Remor de Souza May que possibilitou minha participação no XII Curso de Especialização em Proteção Jurisdicional dos Direitos da Criança, promovido pelo UNICEF em parceria com a Universidade Diego Portales, no Chile, primeira oportunidade em que tive contato com o tema da presente pesquisa. Ao amigo Eduardo Rezende Melo, amigo e colega de Curso, que me fez compreender a importância de incorporarmos a Convenção sobre os Direitos da Criança no debate sobre as questões relacionada à Infância. Ao amigo e professor do Curso João Batista Costa Saraiva, abnegado defensor dos direitos da criança e do adolescente, que sempre enfatizou a necessidade de nós, juízes, começarmos a escrever sobre o tema.

O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos não se circunscreve ao saber jurídico. Em vista disso, necessário o reconhecimento e o agradecimento às valorosas contribuições dadas pela psicóloga forense Joana Patrícia Anacleto de Assis, que me fez refletir e compreender melhor as implicações do diálogo intergeracional proposto nessa pesquisa.

Às incansáveis amigas Edi Luíza Napoli Nishioka e Vanessa Martins, que não mediram esforços para me auxiliar na pesquisa, não apenas por meio de comentários, críticas e ponderações, mas sobretudo pelo encorajamento necessário nos momentos mais difíceis.

Aos meus sogros Sônia Catarina Schmidt Abreu e Ricardo de Freitas Abreu e minha cunhada Viviane Schmidt Abreu, por todo o apoio.

Aos meus pais Fiorello Nones e Gertrudes Bremer Nones, que, por meio dos ensinamentos de vida que me passaram, são responsáveis diretos por mais essa conquista.

Por fim, àquelas que estiveram sempre ao meu lado, suportando os meses de ausência, contribuindo por meio de cartões, palavras de incentivo, ou até por meio do silêncio. Minha filha Natasha Abreu Nones e minha esposa Juliane Schmidt Abreu Nones. Sem esse apoio incondicional da família nada disso teria ocorrido.

DEDICATÓRIA

Em voto concorrente apresentado na Orientação Consultiva n. 17, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o juiz brasileiro Cançado Trindade afirmou que:

“De modo geral, é no início e no final do tempo existencial que se experimenta uma maior vulnerabilidade, frente à proximidade do desconhecido (o nascimento e a primeira infância; a velhice e a morte). Todo meio social deve, assim, estar atento à condição humana. O meio social que se descuida de suas crianças não tem futuro. O meio social que se descuida dos idosos não tem passado. Contar apenas com o presente fugaz não é mais do que uma mera ilusão”.

O presente trabalho é dedicado a todas as crianças e adolescentes do Brasil e tem como objetivo contribuir para a consolidação de sua Cidadania.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 23 de Novembro de 2015.

Giancarlo Bremer Nones
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
FNDDC	Frente de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente
FRA	<i>Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea</i>
FUNABEM	Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
ONU	Organização das Nações Unidas
PNBEM	Política Nacional do Bem-Estar do Menor
SAM	Serviço de Atendimento ao Menor
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância

ROL DE CATEGORIAS

Cidadania: é “[...] o estado jurídico de plena participação na comunidade estatal e nos outros entes políticos territoriais”¹.

Criança: segundo a Convenção sobre os Direitos da Criança, criança é todo ser humano com menos de dezoito anos de idade. O Estatuto da Criança e do Adolescente faz uma distinção entre criança e adolescente. De acordo com a lei brasileira, considera-se criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (art. 2º). No presente trabalho a categoria Criança será utilizada tanto no sentido da Convenção, como do Estatuto. Assim, quando for empregado o sentido adotado pela Convenção, a categoria será escrita com letra maiúscula; quando utilizado o sentido da legislação brasileira, a categoria será escrita com letra minúscula.

Direito de Ser Ouvida: comumente associado à categoria Participação, consiste no direito da criança e do adolescente, que estiverem capacitados a formular seus próprios juízos, expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos que lhes digam respeito, tendo sua opinião devidamente tomada em consideração, em função de sua idade e maturidade.

Direitos Fundamentais: são “[...] todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.”² (p. 9).

¹ BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (Org.). **Infância, lei e democracia na América Latina:** Análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990 - 1998). Blumenau: Edifurb, 2001. p. 47-78. Tradução de: Eliete Ávila Wolff. p. 60.

² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais.** Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

Infância: período compreendido entre 0 (zero) a 18 (dezoito) anos, em que ocorre o efetivo e progressivo desenvolvimento da autonomia pessoal, social e jurídica da criança e do adolescente.

Poder Familiar: é compreendido como “[...]o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto.”³.

Participação: é o processo permanente de intercâmbio entre pessoas, com a oportunidade de expressar opiniões e influenciar no resultado dos processos de tomada de decisão.

p. 9.

³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. v. 5. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 437.

SUMÁRIO

RESUMO	13
RESUMEN	14
INTRODUÇÃO	15
1 DA DESCOBERTA DA INFÂNCIA AO SUJEITO DE DIREITOS: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	20
1.1 A DESCOBERTA DA INFÂNCIA	20
1.1.1 Primeiras percepções em torno da existência da Infância	20
1.1.2 O surgimento dos tribunais de menores e do direito do menor	22
1.2 O DIREITO DO MENOR NO BRASIL	26
1.2.1 As primeiras iniciativas	26
1.2.2 O Código Mello Mattos	30
1.2.3 O Serviço de Atendimento ao Menor – SAM	34
1.2.4 A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM	36
1.2.5 O Código de Menores de 1979	39
1.3 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A RUPTURA DO PARADIGMA DA SITUAÇÃO IRREGULAR	42
1.3.1 A Constituição da República Federativa do Brasil	46
1.3.2 A Convenção sobre os Direitos da Criança	48
1.3.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente	50
2 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SEREM OUVIDOS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	52
2.1 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	52
2.1.1 A Convenção sobre os Direitos da Criança no ordenamento jurídico brasileiro	53
2.1.2 O Comitê sobre os Direitos da Criança	56
2.2 O DIREITO DE SER OUVIDA	59
2.2.1 Análise jurídica do conteúdo do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança	61

2.2.1.1 O Direito de Ser Ouvida (artigo 12, parágrafo 1)	61
2.2.1.1.1 O Dever dos Estados Partes assegurarem o exercício do Direito de Ser Ouvida.....	62
2.2.1.1.2 A capacidade da Criança para o exercício do Direito de Ser Ouvida.....	62
2.2.1.1.3 O direito da Criança de expressar suas opiniões livremente.....	65
2.2.1.1.4 O Direito de Ser Ouvida sobre todos os assuntos que lhe digam respeito.....	67
2.2.1.1.5 O direito da Criança ter sua opinião levada em consideração de acordo com a sua idade e maturidade.....	68
2.2.1.2 O Direito de Ser Ouvida nos processos judiciais e administrativos (artigo 12, parágrafo 2).....	70
2.2.1.2.1 O direito da Criança ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que lhe diga respeito.....	71
2.2.1.2.2 O Direito de Ser Ouvida no processo judicial ou administrativo diretamente ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado.....	73
2.2.1.2.3 O Direito de Ser Ouvida no processo judicial ou administrativo em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.....	74
2.2.2 A relação do artigo 12 com outros dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança.....	75
2.2.2.1 O princípio da autonomia progressiva previsto no artigo 5 e sua relação com o artigo 12.....	76
2.2.2.2 O direito à liberdade expressão previsto no artigo 13 e sua relação com o artigo 12.....	78
2.2.2.3 O direito de acesso à informação previsto no artigo 17 e sua relação com o artigo 12.....	79
2.2.2.4 O princípio da não discriminação previsto no artigo 2 e sua relação com o artigo 12.....	80
2.2.2.5 O princípio do melhor interesse da criança previsto no artigo 3 e sua relação com o artigo 12.....	83
2.2.2.6 Os direitos à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento previstos no artigo 6 e sua relação com o artigo 12.....	85

3 A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PROCEDIMENTO JUDICIAL DESTINADO À PERDA E À SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR.....

3.1 O DIREITO DE SER OUVIDA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO

ADOLESCENTE.....	87
3.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS À PARTICIPAÇÃO.....	90
3.2.1 O princípio do devido processo legal.....	90
3.2.2 O princípio do contraditório.....	93
3.2.1 O princípio da ampla defesa.....	96
3.3 DO OBJETO DE PROTEÇÃO AO SUJEITO DE DIREITOS.....	98
3.3.1 O sujeito processual.....	98
3.3.2 A criança e o adolescente como sujeitos processuais.....	100
3.4 O PAPEL RESERVADO PELO ECA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NA AÇÃO DE PERDA E DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR.....	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	125

RESUMO

A Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Dividida em três capítulos, tem como objetivo científico verificar se o procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar estabelecido na legislação brasileira, está alinhado com o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a partir de uma análise do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que assegura o Direito de Ser Ouvida. Inicialmente, aborda-se a história da Infância desde a sua descoberta, a partir do século XIII, até o surgimento dos tribunais de menores e a incorporação da Doutrina da Situação Irregular na América Latina. Investiga-se a história da atenção dispensada à Infância no Brasil, desde o período colonial, passando pela implementação do Código Mello Mattos, do Serviço de Atendimento ao Menor – SAM, da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, do Código de Menores de 1979, pautados pela Doutrina da Situação Irregular, até a superveniência da Doutrina da Proteção Integral, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição da República Federativa do Brasil, pela Convenção sobre os Direitos da Criança e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O estudo segue com uma análise do valor jurídico da Convenção sobre os Direitos da Criança no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a respeito do Comitê sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, órgão que tem objetivo de acompanhar a implementação do tratado nos Estados Partes. Na sequência investiga-se o conteúdo jurídico do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que trata do direito da Criança expressar sua opinião sobre todos os assuntos que lhe digam respeito, bem como de ter sua manifestação levada em consideração. No último tópico, aborda-se a incidência do artigo 12 no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a disposição não encontra respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente. São analisados os princípios processuais constitucionais que versam a respeito da Participação (devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa). Segue-se uma verificação dos conceitos de sujeito processual, sujeito material e terceiro, sendo então investigada a condição da criança e do adolescente para figurar como parte nos procedimentos judiciais que envolvam seus interesses. Por fim, é realizada uma análise do papel reservado à criança e ao adolescente no procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Direito de Ser Ouvida – Participação – Destituição e Suspensão do Poder Familiar

RESUMEN

La disertación se inserta en la línea de la investigación de Derecho y Jurisdicción. Dividido en tres capítulos, tiene el objetivo científico verificar que lo procedimiento de la pérdida y la suspensión de la Rama Familiar establecido bajo la ley brasileña está alineado con el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos, a partir de un análisis del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que garantiza el Derecho a Ser Oído. En un principio, se trata de la historia de la niñez desde su descubrimiento, a partir del siglo XIII, hasta la aparición de los tribunales de menores y la incorporación de la Doctrina de la Situación Irregular en América Latina. Investiga la historia de la atención a la infancia en Brasil desde la época colonial, a través de la implementación del Código Mello Mattos, el Servicio de Atendimento al Menor - SAM, el Fundación Nacional de Bienestar del Menor - FUNABEM, el Código de Menor de 1.979, guiado por la Doctrina de la Situación Irregular, hasta que la aparición de la Doctrina de Protección Integral, incorporado en el ordenamiento jurídico brasileño por la Constitución de la República Federativa del Brasil, la Convención sobre los Derechos del Niño y el Estatuto del Niño y del Adolescente. El estudio continúa con un análisis de la situación jurídica de la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento jurídico brasileño, así como por el Comité de los Derechos del Niños de las Naciones Unidas, el cuerpo que ha destinado para vigilar la aplicación del tratado en el Estados Partes. Siguiendo investiga el contenido jurídico del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que trata del derecho del niño a expresar su opinión en todos los asuntos que le conciernen, así como tener su manifestación considerada. En el último tema, se trata de los efectos del artículo 12, en el sistema jurídico brasileño, ya que la disposición no está en el Estatuto del Niño y del Adolescente. Se analizan los principios procesales constitucionales que tratan de la Participación (el debido proceso, lo contradictorio y derecho de defensa. Una verificación de los conceptos de sujeto procesal, sujeto material y tercero, y luego investigó condición y adolescentes del niño a ser parte en los procesos judiciales relacionados con sus intereses. Por último, se realizó un análisis del papel reservado a los niños y adolescentes en lo procedimiento de la procedimiento y la suspensión de la Rama de la Familia que figura en el Niño y el Adolescente.

Palabras clave: Derecho Ser Oído - Participación - pérdida y suspensión del Poder Familia

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é verificar se o procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente está alinhado com o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a partir de uma análise do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que assegura o Direito de Ser Ouvida.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) o reconhecimento da Criança como sujeito de direitos implica no reconhecimento de sua condição de sujeito processual;

b) o Estatuto da Criança e do Adolescente garante para a Criança o direito de Participação na a ação de perda e de suspensão do poder familiar;

c) a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto à Participação da Criança na ação de perda e de suspensão do Poder Familiar não está alinhada aos moldes do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do Direito de Ser Ouvida.

O resultado do trabalho do exame das hipóteses está exposto na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no capítulo primeiro, com uma análise da evolução histórica da Infância, desde a sua descoberta, ocorrida a partir do século XIII, até o reconhecimento de sua Cidadania, operado, no âmbito nacional, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, no plano internacional, pela Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas de 1989.

Essa reconstrução será feita por meio do estudo dos mecanismos desenhados para o controle dessa categoria social, uma vez que estes constituem a própria história da Infância.

Nessa trajetória será abordado o surgimento e a divisão existente na categoria Infância, entre crianças e adolescentes de um lado, que tinham na família e na escola os mecanismos de socialização e controle, e os menores de outro, para os quais foi designada uma instância *ad hoc* de controle social, o tribunal de menores.

O primeiro tribunal de menores surgiu nos Estados Unidos da América no ano de 1899, sendo a iniciativa levada posteriormente para a Europa e para a América Latina. Neste continente passou a ser incorporada a partir do ano de 1919, sob o modelo da Doutrina da Situação Irregular, que permaneceu hegemônico até o final da década de 80, quando foi editada a Convenção Sobre os Direitos da Criança, que consagrou a Doutrina da Proteção Integral.

A análise prosseguirá com o estudo da trajetória do atendimento da Infância no Brasil desde o período colonial. Será apreciada a atenção dada à Criança no Império e nos primeiros anos da República, pautada no Direito penal do Menor, seguido surgimento do direito do menor, a partir da edição do Código Mello Mattos, de 1927, passando pelo Serviço de Atendimento ao Menor, de 1941, pela Fundação Nacional do Bem-Estar no Menor, de 1964, pelo Código de Menores de 1979, período em que esteve em vigor a Doutrina da Situação Irregular. Por fim, abordar-se-á os motivos que levaram ao esgotamento desse modelo de atendimento, e, sua substituição pela Doutrina da Proteção Integral, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, posteriormente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

O capítulo seguinte será destinado ao estudo da Convenção Sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990. Inicialmente, tratar-se-á de seu *status* normativo no ordenamento jurídico brasileiro. Uma parte do estudo será dedicada ao Comitê Sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, cujo objetivo é monitorar a implementação da Convenção pelos Estados Partes.

Em seguida, prosseguir-se-á com uma análise jurídica do artigo 12, que prevê o direito da Criança de ser ouvida sobre todas as questões que lhe digam respeito, bem como de que a opinião manifestada seja levada em consideração, também associado à categoria Participação.

Para tal finalidade, será empregada a metodologia utilizada pelo Comitê Sobre os Direitos da Criança na Observação Geral n. 12⁴, de 2009, que, para o exame jurídico do artigo 12, cindiu e analisou separadamente para comando contido no dispositivo convencional.

O estudo do artigo 12 finalizar-se-á com a verificação de sua relação com os dispositivos da Convenção que estabelecem pressupostos para o exercício do Direito de Ser Ouvida, bem como com os que trazem seus princípios gerais.

O terceiro capítulo abordará, inicialmente, o Direito de Ser Ouvida no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ato contínuo, prosseguir-se-á com a investigação a respeito dos princípios constitucionais processuais, que tratam acerca da Participação nos procedimentos judiciais e administrativos.

A análise segue com o estudo da criança e do adolescente como sujeitos processuais, para, finalmente, averiguar a Participação deles no Estatuto da Criança e do Adolescente no que diz respeito à ação de perda e de suspensão do Poder Familiar.

O presente trabalho dissertativo encerrar-se-á com as considerações finais, nas quais apresentar-se-á uma síntese das principais conclusões apuradas, sobretudo quanto às hipóteses levantadas.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁵, será utilizado o Método Indutivo⁶, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano⁷, e, finalmente, o Relatório dos Resultados será expresso na base lógica Indutiva.

⁴ Em anexo ao presente trabalho.

⁵ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa**: teoria e prática. p. 87.).

⁶ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa**: teoria e prática. p. 91.).

⁷ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁸, da Categoria⁹, do Conceito Operacional¹⁰, da Pesquisa Bibliográfica¹¹. A pesquisa será, na sua totalidade, bibliográfica e documental.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula¹² e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

⁸ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 65.).

⁹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 36.).

¹⁰ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54.).

¹¹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 215.).

¹² Ressalvadas as categorias Criança e Participação, conforme explicação constante no glossário inicial.

CAPÍTULO 1

DA DESCOBERTA DA INFÂNCIA AO SUJEITO DE DIREITOS: A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

1.1 A DESCOBERTA DA INFÂNCIA

1.1.1 Primeiras percepções em torno da existência da Infância

A história da Infância, nas palavras de Lloyd de Mause, “[...] é um pesadelo do qual apenas recentemente começamos a acordar.”¹³. Nessa perspectiva, Emilio Garcia Méndez¹⁴ registra que o processo de construção da Cidadania da Infância está apenas começando.

O estudo da trajetória histórica que culminou com o reconhecimento da Criança como sujeito de direitos, demonstra que a Infância nem sempre foi socialmente reconhecida como uma etapa distinta do desenvolvimento humano.

Conforme André Viana Custódio e Josiane Rose Petry Veronese, o “[...] mundo infantil aparece e desaparece com sutileza nas diversas sociedades, mas é na modernidade que seu reconhecimento será fortalecido.”¹⁵. Assim é que, rejeitando o caráter ontológico da Infância, Méndez¹⁶ sustenta que o reconhecimento desta categoria decorre de um complexo processo de construção social.

Por meio da análise de obras de arte e de escritos da época, Phillipe Airès¹⁷

¹³ MAUSE, Lloyd de. *The evolution of childhood*. In: MAUSE, Lloyd de (Ed.). **The history of childhood**. Oxford, Uk: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2006. Cap. 1. EBook. Texto original: “[...] is a nightmare from witch we have only recently begun to awaken.” (tradução livre do mestrandando).

¹⁴ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia, uma questão de justiça. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (Org). **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990 - 1998)**. Blumenau: Edifurb, 2001, p. 21-45. Tradução de: Eliete Ávila Wolff, p. 44.

¹⁵ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009, p. 18-19.

¹⁶ GARCIA, Emilio. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. In: CBIA. **Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente**. São Paulo: CBIA, 1994, p. 16.

¹⁷ AIRÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: LTC,

observa que a descoberta da Infância começou no século XIII. Segundo o autor, as pinturas da época demonstram inicialmente que tão logo obtivesse condições de viver sem a solicitude constante de sua mãe ou ama, a Criança ingressava na sociedade dos adultos e não se distinguia mais destes. Não se tinha consciência daquilo que o Airès designa de Particularidade Infantil, ou seja, das peculiaridades que distinguem a Criança do adulto, mesmo jovem¹⁸. Essa percepção alterou-se a partir do fim do século XVI e durante o século XVII, quando constatada a existência de abundantes registros indicando a diferenciação entre Crianças e adultos¹⁹.

Entretanto, conforme observa Méndez²⁰, a Infância pagou um alto preço por essa nova centralidade, consistente na perda total de autonomia e na origem da cultura jurídico-social que vinculou a oferta de proteção à declaração prévia de algum tipo de incapacidade²¹. A descoberta da Infância surge, portanto, atrelada a uma definição negativa da Criança, que começou a ser percebida por aquilo que não podia, por aquilo que não tinha, por aquilo que não sabia e por aquilo que não era capaz²².

Em decorrência dessa percepção negativa, ocorre a produção de uma política perversa, de negação de direitos mascarada por princípios menoristas, modelo de atenção que perdurou por quase cinco séculos no Brasil²³.

Com efeito, dentro de uma cultura de compaixão-repressão, o reconhecimento da incapacidade política, civil e de fato da Criança, legitimou as práticas e o discurso da discricionariedade, sob o manto da proteção. Essa justificativa

2012, p. 28. Título original: *L'Enfant et la Vie familiale sous l'Ancien Régime*. Tradução de Dora Flaksman.

¹⁸ AIRÈS, Philippe. **História social da criança e da família**, p. 99.

¹⁹ AIRÈS, Philippe. **História social da criança e da família**, p. 28-29.

²⁰ Segundo Méndez, “[...] nas origens da ‘descoberta’ da infância existe um pacto perverso imposto por parte do Estado e dos adultos. A infância só é reconhecida como categoria diferenciada dos adultos, depois de fixada política e culturalmente a sua incapacidade.” (MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Cidadania da criança: a Revolução Francesa com 200 anos de atraso**. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 12, p. 195-202. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa, p. 200.

²¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança: do menor como objeto da compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeitos de direitos. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: Hucitec/instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 4. p. 83-96. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa, p. 85.

²² MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 16.

²³ CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: Unesc, 2009. p. 12.

serviu para legitimar a negação à Criança de todos os direitos que as Constituições reconhecem para todos os seres humanos. Nessa perspectiva, a Criança não só não era cidadã, como também não era considerada pessoa humana²⁴.

Este panorama somente alterou-se, ao menos sob a perspectiva jurídica, com a superveniência da Doutrina das Nações Unidas da Proteção Integral, incorporada no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)²⁵, na Convenção sobre os Direitos da Criança (doravante apenas Convenção) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), diplomas normativos que reconheceram a Criança como verdadeiro sujeito de direitos.

Faz-se a ressalva restritiva quanto à efetividade da mudança de paradigma, tendo em vista que a retórica repressiva e dominadora ainda está presente na sociedade, algumas vezes de forma velada, por outras, escancarada²⁶. Neste sentido, Alexandre Morais da Rosa e Ana Christina Brito Lopes advertem que

Em todo livro, palestra ou qualquer abordagem que se faça para apontar a transição do Código de Menores para o Estatuto da Criança e do Adolescente, eleva-se como bandeira a transformação de crianças e adolescentes de meros objetos a sujeitos de direitos. Parece, no entanto, que esta também será a primeira e emblemática metáfora de todo um arsenal linguístico construído com o uso de metáforas e eufemismos que terá lugar na reforma legislativa a partir da Constituição da República de 1988. Qualquer um que se aproxime das práticas institucionais voltadas para a infante-adolescência poderá perceber o quanto é surreal e distante o papel de sujeito atribuído aos antes 'menores'. Aliás, a perpetuação desta denominação parece apontar para a continuidade da condição de objeto, que ainda se mantém na prática.²⁷

Essa dissociação entre o discurso e a prática nos remete a um dos maiores obstáculos à consolidação da condição da Criança como sujeito de direitos

²⁴ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Cidadania da criança: a Revolução Francesa com 200 anos de atraso. p. 200.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²⁶ PELLEGRINI, Suzana Assis Brasil de Morais. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes**: um desafio permanente. Curitiba: Appris, 2014. p. 32.

²⁷ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. XXI.

consistente naquilo que Julio Cortés Morales chama de “possibilidades de risco”,

[...] o que parece ter-se consolidado como uma das mais elegantes formas de reconhecer, em princípio os direitos das crianças e o importante nível de autonomia que a Convenção lhes reconhece, e, ato contínuo, restringir ou negar os direitos para o caso concreto, alegando que esta negação ou restrição “é necessária em aplicação do interesse superior da criança”.²⁸

Para a superação desse óbice, é necessário perceber as entrelinhas entre o discurso e a prática que perpassam o modo de interagir com a Criança, uma vez que apenas boas intenções não são suficientes para tal desiderato²⁹.

Nesse contexto, para uma exata compreensão da concepção da Criança enquanto sujeito de direitos, revela-se a necessidade de se entender como se deu a evolução histórica desde que a categoria passou a ser reconhecida pela consciência social, pois para se antever o futuro é preciso conhecer os caminhos pelos quais percorremos até o presente³⁰.

Para essa reconstrução histórica, basta o estudo dos mecanismos desenhados para o seu controle, pois, conforme ressalta Méndez, “a história da Infância é a história do seu controle”³¹.

1.1.2 O surgimento dos tribunais de menores e do direito do menor

A descoberta da Infância, na virada do século XVI ao XVII, coincidiu com o momento histórico em que a escola deixou de ser um lugar privado, do preceptor que trabalha com o filho dos ricos, para começar a integrar o mundo público³².

A partir de então, Méndez observa que teve início um processo de divisão

²⁸ MORALES, Julio Cortés. *Lesbianismo, tuición e interés superior del niño: comentarios a una sentencia de la corte suprema de Chile*. In: **Justicia y derechos del niño**, Santiago, n. 6, p. 191-206, nov. 2004, p. 193. Texto original: “Esto que denomino ‘posibilidades riesgosas’ es lo que parece haberse consolidado como una de las más elegantes formas de reconocer en principio los derechos de los niños y el importante nivel de autonomía que la Convención les reconoce, y acto seguido recortar o negar los derechos para el caso concreto, aludiendo a que tal negación o recorte ‘es necesaria en aplicación del interés superior del niño’”. (tradução livre do mestrando)

²⁹ PELLEGRINI, Suzana Assis Brasil de Morais. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes**. p. 32.

³⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 13.

³¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 14.

³² MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 16.

e exclusão na categoria Infância. De um lado, a Infância escola – composta por crianças e adolescentes –, que quase sempre coincidia com a Infância família e que encontrava no interior destas instituições os mecanismos de socialização e de controle. De outro lado, a Infância não escola - composta pelos menores - para os quais foi designada uma instância *ad hoc* de socialização e controle social, o tribunal de menores³³.

As primeiras iniciativas destinadas ao atendimento dessa categoria vulnerável ocorreram nos Estados Unidos da América (EUA), e tinham o propósito de solucionar parcela dos graves problemas relacionados à Infância pobre e infratora que aflingiam aquele país no período³⁴. No ano de 1869 foi criada, na cidade de Boston, a figura do *state agent*, a quem incumbia a curatela dos menores de dezessete anos³⁵. De acordo com Marcelo Gantus Jasmin, tal providência “[...] trazia consigo a ideia de que menores infratores deveriam ser submetidos a juízes especiais incumbidos de aplicar medidas educativas”³⁶. No ano de 1899, é instalado o primeiro Tribunal de Menores, na cidade de Chicago.

A ideia foi exportada para a Europa, onde a quase totalidade dos países implantou essa instância de controle social no período compreendido entre os anos 1905 e 1921³⁷.

Teve grande relevância para esse movimento de expansão o primeiro Congresso Internacional de Tribunais de Menores, ocorrido no ano de 1911, em Paris, que tinha como objetivo legitimar a criação de tribunais de menores na França³⁸, o que aconteceu no ano de 1912³⁹. A partir desse evento foram lançadas as bases da cultura que fundamenta a Doutrina da Situação Irregular, designada por Méndez de

³³ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 16-17.

³⁴ AREND, Sílvia Maria Fávero. **Histórias de abandono: infância e justiça no Brasil (década de 1930)**. Florianópolis: Editora Mulheres, 2011. p. 165.

³⁵ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 81-103, 1986, p. 86. Colaboradores: Marco Aurélio Lagreca e Márcio Ferraz Barbosa. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/10796>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

³⁶ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 86

³⁷ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 17.

³⁸ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 18.

³⁹ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 86

“cultura da compaixão-repressão”⁴⁰, segundo a qual

[...] proteger os setores mais vulneráveis da sociedade é declarar previamente algum tipo de incapacidade, criar um tipo de sistematização e condenar um certo tipo de confinamento constitucional. Assim dá-se o paradoxo: para que a ação protetora do Estado possa se tornar um benefício para a criança, o juiz tem que inventar algum tipo de delito. Para uma cultura que não pode proteger senão declarando algum tipo de incapacidade, tem-se que criar uma figura para exercer esse poder sobre ela. E essa figura é um monstro bicéfalo indiferenciado – o menor abandonado delinquente.⁴¹

Essa instância *ad hoc* de controle social foi posteriormente importada pela cultura jurídica da América Latina. A primeira legislação específica para o tratamento da Infância na região foi editada na Argentina, Lei n. 10.903⁴², mais conhecida como Lei Agote⁴³. O Brasil editou seu primeiro Código de Menores no ano de 1927. Esse processo de inclusão do direito de menores no continente latino-americano encerrou-se no ano de 1939 na Venezuela⁴⁴.

O direito de menores foi incorporado na América Latina sob o paradigma da situação irregular, que permaneceu indiscutivelmente hegemônico durante sete décadas⁴⁵, período em que ocorreram mudanças jurídicas de pouca importância, por se tratarem de variações sobre um mesmo tema⁴⁶.

A Doutrina da Situação Irregular constituiu o ponto de chegada desse processo histórico, de construção de um sistema jurídico-administrativo para controle social da categoria residual da Infância, as crianças e adolescentes não submetidas ao controle da escola/família, o menor. Sob essa ótica, a proteção da Infância emerge

⁴⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 18.

⁴¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 18.

⁴² ARGENTINA. Lei nº 10.903, de 21 de janeiro de 1919. **Patronato de Menores**. Buenos Aires, Disponível em: <<http://observatoriojovenes.com.ar/nueva/wp-content/uploads/Ley-10903.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

⁴³ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Legislações infanto-juvenis na América Latina: modelos e tendências. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 1, p. 19-37. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa. p. 21.

⁴⁴ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 18.

⁴⁵ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia, uma questão de justiça. p. 31.

⁴⁶ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia, uma questão de justiça. p. 25.

vinculada à ideologia da defesa social⁴⁷.

Todavia, do ponto de vista jurídico⁴⁸, Méndez ressalta que a Doutrina da Situação Irregular constitui uma aberração⁴⁹ e converte-se numa caricatura do direito, entendido este “[...] como instrumento de preleção do indivíduo diante das diversas formas da arbitrariedade.”⁵⁰.

Com efeito, pontua o autor que a essência dessa Doutrina foi a criação de um marco jurídico que legitimasse a disponibilidade estatal absoluta sobre sujeitos vulneráveis que, por assim serem, eram definidos como em situação irregular⁵¹. Nesse contexto, cabe ao juiz

[...] declarar em situação irregular (e por conseguinte objeto explícito de qualquer tipo de disposição estatal) a criança e o adolescente que enfrentem dificuldades (nunca taxativamente definidas) independentemente de que elas possam (p. ex., adolescente infrator) ou não (p. ex., criança vítima de abusos ou maus-tratos) serem atribuídas à vontade da criança ou do adolescente.⁵²

A não distinção entre abandonados e delinquentes⁵³, bem como a faculdade discricionária do juiz declarar a situação de abandono material ou moral⁵⁴,

⁴⁷ MÉNDEZ, Emilio Garcia. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil: da situação irregular à proteção integral: uma visão latino-americana. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 6. p. 111-122. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa. p. 117.

⁴⁸ O autor refere-se ao sentido iluminista da categoria jurídico, consistente em “[...] regras claras e restabelecidas de cumprimento obrigatório para os destinatários e para os responsáveis por sua aplicação. [...]” (MÉNDEZ, Emilio Garcia. A legislação de menores na América Latina: uma doutrina em situação irregular. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 10. p. 165-180. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa. p. 171).

⁴⁹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 14.

⁵⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Brasil, adolescentes infratores graves: sistema de justiça e política de atendimento. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 8. p. 135-149. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa. p. 137.

⁵¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. A legislação de menores na América Latina: uma doutrina em situação irregular. p. 171.

⁵² MÉNDEZ, Emilio Garcia. Legislações infanto-juvenis na América Latina: modelos e tendências. p. 26.

⁵³ MÉNDEZ, Emilio Garcia. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança: do menor como objeto da compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeitos de direitos. p. 88.

⁵⁴ MÉNDEZ, Emilio Garcia. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança: do menor como objeto da compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeitos de direitos. p. 89.

constituem as bases da Doutrina da Situação Irregular. Logo, a arbitrariedade não constitui exceção, mas o comportamento rotineiro dos encarregados de sua aplicação⁵⁵.

No Brasil, essa cultura permaneceu inalterada até o ano de 1988, quando operou-se uma ruptura radical de paradigma, em razão da adoção da Doutrina da Proteção Integral pela CRFB/88, seguida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas e pela edição do Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.2 O DIREITO DO MENOR NO BRASIL

1.2.1 As primeiras iniciativas

Discorrendo a respeito da evolução histórica do atendimento, da promoção e da defesa dos direitos da Criança, Antônio Carlos Gomes da Costa⁵⁶ assevera que inexistem registros de ações que pudessem ser caracterizadas como política social nos primeiros quatrocentos anos da história do Brasil.

Os primeiros serviços de assistência à Infância, tanto no período do Brasil-colônia como no Império, eram, em sua maior parte, prestados por instituições ligadas às associações civis e religiosas por ação filantrópica da aristocracia rural e mercantilista e por algumas realizações da Coroa Portuguesa⁵⁷.

Esse amparo assistencial foi realizado por meio das Rodas dos Expostos⁵⁸,

⁵⁵ MÉNDEZ, Emilio Garcia. A legislação de menores na América Latina: uma doutrina em situação irregular. p. 171.

⁵⁶ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. Cap. 9. p. 121-145. (Série Direitos da Criança 4). p. 123.

⁵⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 17-18.

⁵⁸ Discorrendo a respeito da Roda dos Expostos, Lídia Natália Dobrianskyj Weber assevera: “A partir do século XII, quando se pensava em proteção à criança, pensava-se em instituições e, na verdade, o internamento de crianças tinha a finalidade de separá-las do convívio social, servindo mais aos interesses da sociedade do que aos de real proteção à criança. Foram criadas as famosas ‘Rodas dos Enjeitados ou dos Expostos’: um dispositivo de madeira fixado, geralmente na entrada de um asilo cuidado por religiosos, onde a pessoa depositava o bebê que enjeitava. A pessoa tocava uma sineta para avisar que um bebê havia sido abandonado e abandonava o local sem ser reconhecida. O abandono de bebês por meio da ‘Roda’, era considerado ‘um mal menor’ se comparado ao infanticídio. Mas se dizia que o abandono em instituições era um infanticídio ‘oficial’ a longo prazo,

instaladas no Brasil a partir de 1726 e mantidas até 1950⁵⁹.

Em termos normativos, a Constituição do Império, de 1824, é omissa em relação ao problema da Infância desassistida, o que reflete o papel periférico dessa categoria na legislação da época⁶⁰.

Conforme Cleverson Elias Vieira e Josiane Rose Petry Veronese, nesse período vigorava a Doutrina do Direito Penal do Menor⁶¹, segundo a qual as questões relacionadas à Infância somente interessam ao direito a partir do momento em que a Criança pratique algum crime⁶².

Por conseguinte, Jasmin⁶³ registra que as primeiras referências particulares ao tratamento dos menores de vinte e um anos de idade na legislação brasileira surgem no Código Criminal do Império.

O diploma⁶⁴ adotou a Teoria da Ação com Discernimento para os menores de quatorze anos, permitindo sua responsabilização penal caso demonstrada sua consciência em relação à prática da ação criminosa, hipótese em que deveriam ser recolhidos em casas de correção pelo tempo que o juiz entendesse necessário, limitada a medida aos dezessete anos de idade (artigo 13). Aos menores de dezessete anos previu a possibilidade de imposição da pena da cumplicidade (artigo 18, item 10), o que importava na redução da reprimenda⁶⁵. Por fim, definiu como circunstância

pois a maioria das crianças não sobreviviam. No final do século 19 as Rodas praticamente desapareceram da Europa, enquanto no Brasil elas foram criadas a partir do século 18 e, durante um século e meio, foram praticamente a única ação de proteção à criança abandonada. [...]” (WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. Os filhos de ninguém: abandono e institucionalização de crianças no Brasil. **Revista Conjuntura Social**, Rio de Janeiro, n. 4, p.30-36, jul. 2000. Disponível em: <http://www.nac.ufpr.br/artigos_do_site/2000_Os_filhos_de_ninguem.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2015).

⁵⁹ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 21.

⁶⁰ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 23.

⁶¹ VIEIRA, Cleverson Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 20.

⁶² CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor: um novo direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 384-399, maio 1979. Disponível em: <<http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/917>>. Acesso em: 6 ago. 2015. p. 393.

⁶³ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 85.

⁶⁴ BRASIL. Lei, de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **CLBR**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

⁶⁵ O artigo 35 do Código Criminal do Império estabelecia que “A cumplicidade será punida com as

atenuante ser o delinquente menor de vinte e um anos (artigo 18, item 10).

Com o advento da República, surge um novo olhar sobre a Infância⁶⁶, que passa a ser percebida como o futuro do país⁶⁷. Neste novo contexto, Vieira e Veronese observam que

[...] a mera assistência filantrópica particular e a caridade das ordens religiosas já não eram mais suficientes para atender as necessidades de crianças e adolescentes surgidas com as intensas transformações sócio-econômicas que o país atravessava. Era necessário que o Estado agisse por meio dos organismos governamentais instituídos.⁶⁸

Segundo os autores, na passagem do século XIX para o século XX, marcada por ideias progressistas e nacionalistas, começou-se a compreender que assistir uma Criança não se limitava a prover-lhe casa e comida⁶⁹. Além disso, percebeu-se que as instituições responsáveis por seu atendimento também deveriam se ocupar com a formação moral, cultural e educacional, assim como a capacitação profissional, com o intuito de habilitar o indivíduo a prover o seu próprio sustento quando adulto⁷⁰.

Nesse sentido, a elite intelectual da época sustentava a necessidade de uma legislação social que regulamentasse oficialmente a assistência à Infância, concebendo-a como sociojurídica⁷¹.

Nada obstante, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, não fez menção à Infância, à menoridade ou à juventude, evidenciando que a concepção moderna do atendimento à categoria ainda se encontrava em processo de consolidação na recém-criada República⁷².

penas da tentativa; e a complicitade da tentativa com as mesmas penas desta, menos a terça parte, conforme a regra estabelecida no artigo antecedente.”.

⁶⁶ Importante considerar que “A infância imaginada pela consciência republicana correspondia à imagem da criança burguesa, idealizada segundo um padrão de normalidade, que excluía de seu reconhecimento qualquer forma diferenciada de socialização e cultura.”. (CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 35.)

⁶⁷ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 35

⁶⁸ VIEIRA, Cleverson Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. p. 18-19.

⁶⁹ VIEIRA, Cleverson Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. p. 19.

⁷⁰ VIEIRA, Cleverson Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. p. 19.

⁷¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 22.

⁷² CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 39.

Em termos normativos, a atenção à Infância permaneceu centrada no Direito Penal. O primeiro Código Penal Republicano, de 1890, estabeleceu a inimputabilidade dos menores de nove anos de idade. Aos maiores de nove anos e menores de quatorze anos, subsistiu a Teoria da Ação com Discernimento, permitindo que estes fossem recolhidos em estabelecimentos disciplinares industriais, pelo tempo que o juiz entendesse necessário, limitada a medida aos dezessete anos de idade (artigo 30). Para os maiores de quatorze e menores de dezessete anos, manteve a incidência da redução da pena prevista para o caso de cumplicidade (artigo 65). Também continuou a previsão de constituir circunstância atenuante o fato do agente ser menor de vinte e um anos (artigo 42, parágrafo 11)⁷³.

A respeito do Código republicano, Jasmin⁷⁴ observa que a manutenção da Teoria da Ação com Discernimento e de medidas essencialmente repressivas, demonstrou a pouca sensibilidade do legislador às reivindicações que buscavam a incorporação de medidas educativas no tratamento a ser dispensado aos menores, fundadas na ideia da preocupação com o futuro.

Seguiu-se no período uma sucessão de iniciativas legislativas destinadas a regulamentar o tratamento oficial ao menor⁷⁵, tendo em vista sua condição infantil e as novas perspectivas do direito preventivo⁷⁶.

Segundo Jasmin⁷⁷, o marco decisivo para a mudança fundadora da legislação específica sobre o menor no Brasil foi a Lei n. 4.242, de 5 de janeiro de

⁷³ BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **CLBR**. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

⁷⁴ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 85.

⁷⁵ A propósito das discussões a respeito do tratamento a ser dispensado à Infância na Primeira República, Sílvia Maria Fávero Arend registra: “Nas duas primeiras décadas do século XX, os debates na imprensa do Rio de Janeiro e na Câmara dos Deputados sobre os destinos da infância e juventude, percebidas como pobres e perigosas, foram intensos. Segundo esses discursos formulados pelas elites e pelos governantes da República Velha, sob a ótica do Progresso e da Civilização, era preciso salvar as crianças pobres do Brasil do ócio e do vício. Através desse processo que tinha como alvo somente os filhos e filhas da população pobre urbana e não as famílias brasileiras como um todo, a sociedade brasileira alcançaria um novo estágio cultural.” (ARENDE, Sílvia Maria Fávero. **Histórias de abandono**. p. 164).

⁷⁶ Conforme Jasmin: “A primeira tentativa veio com o projeto de Lopes Trovão apresentado ao Senado em 1902. Seguem-se os projetos de Alcidino Guanabara de 1906, o projeto João Chaves de 1912 e, novamente Alcidino Guanabara, em 1917, cuja tramitação interrompeu-se com a morte do autor”. (JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 87).

⁷⁷ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 87.

1921, que fixou a despesa governamental para aquele ano e autorizou a organização do serviço de assistência e proteção à Infância abandonada e delinquente. Esta lei foi posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 16.272, de 20 de dezembro de 1923, que, entre suas disposições, criou o primeiro Juizado de Menores do Brasil (artigo 37)⁷⁸, bem como pelo Decreto Legislativo n. 5.083, de 1º de dezembro de 1926, que autorizava o Executivo a consolidar as leis de assistência e proteção aos menores.

1.2.2 O Código Mello Mattos

A ausência de uma orientação unificada e dentro dos moldes preconizados pelos avanços das ciências para o atendimento dos menores era objeto de crítica dos meios especializados, que cobravam do poder público a centralização da assistência⁷⁹.

Esse movimento culminou com a edição do Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que unificou as leis e decretos que, desde 1902, abordavam a questão do menor⁸⁰. Essa primeira consolidação da legislação de assistência e proteção da Infância também é denominada Código Mello Mattos, em homenagem a José Cândido Mello Mattos, primeiro juiz de menores do país e responsável, em grande parte, por sua redação⁸¹.

Pautado pela Doutrina da Situação Irregular, o Código⁸² não era dirigido a toda a Infância⁸³. O artigo 1º restringia as medidas de assistência e proteção nele

⁷⁸ Em Santa Catarina, o primeiro Juízo Privativo de Menores Abandonados e Delinquentes na comarca da Capital foi criado no ano de 1935, sendo o primeiro titular do cargo de Juiz de Menores do Estado Hercílio João da Silva Medeiros (AREND, Sílvia Maria Fávero. **Histórias de abandono**. p. 168)

⁷⁹ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**: percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro; São Paulo: PUC-Rio; Loyola, 2004. p. 29.

⁸⁰ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 54.

⁸¹ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 87.

⁸² BRASIL. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. **CLRB** Rio de Janeiro, 31 dez. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

⁸³ Para Martha de Toledo Machado, cuida-se de um direito de exceção, no sentido mais autoritário do termo, pois de aplicação restrita “[...] ao grupo de crianças que se enquadra na categoria *carência/delinquência*, ao qual sempre se opôs outro conjunto de regras, aplicáveis às outras crianças, tradicionalmente encampado no Código Civil.” (MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção integral de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: São Paulo, 2003, p. 33).

contidas aos menores de dezoito anos que fossem abandonados, ou delinquentes⁸⁴.

Para a proteção e assistência aos abandonados, o diploma estabeleceu medidas que deveriam ser aplicadas de acordo com a idade, instrução, profissão, saúde, abandono ou perversão do menor e a situação social, moral e econômica dos pais, tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda (artigo 55). Nesses casos, a autoridade poderia [a] entregar o abandonado aos pais ou responsável, podendo fixar, ou não, condições que julgasse úteis à saúde, segurança e moralidade do menor; [b] entregar o menor a pessoa idônea, ou interná-lo em hospital, asilo, instituto de educação, oficina escola de preservação ou reforma; [c] ordenar as medidas convenientes aos que necessitem de tratamento especial, por sofrerem de qualquer doença física ou mental; e [d] decretar a suspensão ou a perda do pátrio poder ou a destituição da tutela. Por fim, o Código estabelecia aquilo que Mauro Ferrandin denomina de “‘cheque em branco’ ao operador jurídico”⁸⁵, pois permitiu que a autoridade regulasse a matéria de maneira diferente das mencionadas anteriormente, se houvesse motivo grave e fosse do interesse do menor.

Na seara penal, o Código rompeu com a orientação legislativa anterior.

⁸⁴ O Código Mello Mattos assim definia a condição de abandono: “Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 annos: I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistencia, por serem seus paes fallecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja, guarda vivam; II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistencia, devido a indigencia, enfermidade, ausencia ou prisão dos paes. tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III, que tenham pae, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupillo ou protegido; IV, que vivam em companhia de pae, mãe, tutor ou pessoa que se entregue á pratica de actos contrarios á moral e aos bons costumes; V, que se encontrem em estado habitual do vadiagem, mendicidade ou libertinagem; VI, que frequentem logares de jogo ou de moralidade duvidosa, ou andem na companhia de gente viciosa ou de má vida. VII, que, devido á crueldade, abuso de autoridade, negligencia ou exploração dos paes, tutor ou encarregado de sua guarda, sejam: a) victimas de máos tratos physicos habituaes ou castigos immoderados; b) privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensaveis á saude; c) empregados em occupaões prohibidas ou manifestamente contrarias á moral e aos bons costumes, ou que lhes ponham em risco a vida ou a saude; d) excitados habitualmente para a gatunice, mendicidade ou libertinagem; VIII, que tenham pae, mãe ou tutor, ou pessoa encarregada de sua guarda, condemnado por sentença irrecorrivel; a) a mais de dous annos de prisão por qualquer crime; b) a qualquer pena como co-autor, cumplice, encobridor ou receptador de crime commettido por filho, pupillo ou menor sob sua guarda, ou por crime contra estes.” (BRASIL. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. **Consolida As Leis de Assistência e Proteção A Menores**. Rio de Janeiro, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em: 8 set. 2015).

⁸⁵ FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil: Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40.

Aboliu a pesquisa do discernimento e estabeleceu a irresponsabilidade penal dos menores de quatorze anos (artigo 68, *caput*). Entretanto, caso o menor de quatorze anos autor ou cúmplice de infração penal fosse abandonado, pervertido, ou estivesse em perigo de o ser, prescrevia a possibilidade de seu encaminhamento para asilo casa de educação, escola de preservação, ou ser confiado a pessoa idônea, pelo tempo necessário a sua educação, desde que não ultrapassasse os vinte e um anos de idade (artigo 68, parágrafo 2º). Deixando clara a ruptura existente na categoria Infância, previa um tratamento diferenciado para os menores de quatorze anos que não fossem abandonados, pervertidos, ou estivessem em perigo de o ser, hipótese em que a autoridade poderia encaminhá-los aos pais ou responsável, podendo fazê-lo mediante condições que julgasse úteis (artigo 68, parágrafo 3º).

Para os delinquentes maiores de quatorze anos e menores de dezoito, manteve um sistema punitivo, determinando que fossem submetidos a um processo especial e estabelecendo uma responsabilidade penal atenuada (artigo 69). Aqueles que não fossem abandonados, nem pervertidos, nem estivessem em perigo de o ser, nem necessitassem de tratamento especial, estabelecia o recolhimento em escola de reforma, pelo prazo de um a cinco anos (artigo 69, parágrafo 2º). Para os abandonados, os pervertidos, ou os estivessem em perigo de o ser, determinava a internação em uma escola de reforma, pelo tempo necessário a sua educação, num período não inferior a três anos, nem superior a sete anos (artigo 69, parágrafo 3º).

Por fim, manteve a atenuante da menoridade, para os agentes entre dezoito e vinte e um anos de idade (artigo 76).

Vale ressaltar que essa legislação condizia com o momento histórico de seu surgimento⁸⁶. Conforme Jasmin⁸⁷, o Código veio ao encontro das reivindicações e críticas dos que pretendiam a “civilização” do tratamento ao menor, pois superava a estreiteza da perspectiva meramente penal e apontava para a incorporação de uma atividade assistencialista, materializada na ampliação das funções do Juizado de Menores para além do campo propriamente criminal. Nesse mesmo sentido, Vieira e

⁸⁶ FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil**. p. 41.

⁸⁷ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 87-88.

Veronese pontuam que o diploma

[...] alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, penalidade, pátrio poder, elevando a questão da assistência ao *menor* de idade ao enfoque educacional. A postura anterior de repressão e punição - que caracterizava a regulação dos Códigos Penais, passou para a de regenerar e educar.⁸⁸

Todavia, conforme adverte Suzana Assis Brasil de Moraes Pellegrini⁸⁹, a forma de proteção da Infância instituída pelo Código Mello Mattos era ambígua, pois em sua preleção, preconizava o cuidado com a Criança, contudo, em seu conteúdo, mantinha a legitimidade do tratamento arbitrário no atendimento desta.

Esta arbitrariedade justificava-se na garantia da ordem social⁹⁰, pois ao fim dos primeiros trinta anos da República a Criança pobre era vista como perigosa, abandonada⁹¹, sendo necessária, então, a reforma daqueles indivíduos que, de algum modo, fossem desviantes do modelo proposto pela moral predominante⁹². Assim, discorrendo a respeito da constituição dos juízos de menores e da criação do direito do menor, Machado registra que

[...] criou-se um sistema sociopenal de controle de toda a infância socialmente desassistida, como meio de defesa social em face da criminalidade juvenil, que somente se revelou possível em razão da identificação jurídica e ideológica entre infância carente e infância delinquente⁹³.

Nesse contexto, a institucionalização e o disciplinamento constituíam os caminhos para o efetivo controle social do Estado sobre as individualidades consideradas perigosas⁹⁴.

Assim, diz-se que o Código Mello Mattos caracterizava-se pela generalidade de suas normas, uma vez que as hipóteses de sua incidência nunca

⁸⁸ VIEIRA, Cleverson Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. p. 24.

⁸⁹ PELLEGRINI, Suzana Assis Brasil de Moraes. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes**. p. 28.

⁹⁰ PELLEGRINI, Suzana Assis Brasil de Moraes. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes**. p. 28.

⁹¹ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 56.

⁹² JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 91.

⁹³ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. p. 42.

⁹⁴ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 56.

eram taxativas, pela absoluta discricionariedade e arbitrariedade do juiz de menores, bem como pela ênfase na internação⁹⁵ dos menores considerados abandonados ou delinquentes.

Conforme advertem Vieira e Veronese⁹⁶, essa legislação era destinada à população infantojuvenil que já havia sido abandonada, ou que já cometera alguma infração penal; não havia nenhuma preocupação com o estabelecimento de políticas públicas preventivas que pudessem evitar, ou ao menos minimizar, uma das principais causas dessa carência infantil, a crescente exploração industrial.

O modelo de atenção à Infância proposto pelo Código Mello Mattos encontrou barreira praticamente intransponível na política da época, na falta de recursos e de autonomia para a manutenção dos institutos já existentes e a implantação de novos⁹⁷. Em virtude dessas dificuldades, o sistema não deu conta da demanda que ele próprio criou e em poucos anos saturou-se⁹⁸.

1.2.3 O Serviço de Atendimento ao Menor – SAM

A partir da instauração do Estado Novo, no ano de 1937, Rizini e Rizini⁹⁹ observam uma crescente ideologização no discurso dos representantes do Estado no atendimento à Infância. Neste sentido, destacam palestra intitulada “A Criança e o Comunismo”, proferida pelo juiz Sabóia Lima na Academia Brasileira de Letras, a convite da Liga de Defesa Nacional, na qual o conferencista anuncia a ameaça comunista junto a esse grupo. Sob essa perspectiva, as autoras registram que intervir junto à Infância tornou-se uma questão de defesa nacional¹⁰⁰.

Além disso, o insucesso dos estabelecimentos oficiais ligados aos Juizados de Menores motivou Sabóia Lima a instaurar um inquérito no ano de 1938, com o objetivo de averiguar os motivos do fracasso¹⁰¹. Como solução para o problema, o juiz

⁹⁵ FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

⁹⁶ VIEIRA, Cleverson Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. p. 24-25.

⁹⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 31.

⁹⁸ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 30.

⁹⁹ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 32.

¹⁰⁰ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 32-33.

¹⁰¹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 31.

propôs a criação de um Patronato Nacional de Menores, que seria constituído nos moldes de uma autarquia administrativa e econômica, com o propósito de administrar todas as unidades oficiais sob a jurisdição dos juizados de menores¹⁰². Esta proposição, contudo, não foi acolhida¹⁰³.

Apenas no ano de 1941, durante a fase mais autoritária do regime nascido na Revolução de 1930, foi criado pelo governo Vargas o Serviço de Atendimento ao Menor – SAM, que tinha como objetivo

[...] amparar socialmente os menores desvalidos e infratores através do atendimento psicossocial, prestado mediante a internação em instituições capazes de recuperar os jovens, afastando-os de influências maléficas da sociedade.¹⁰⁴

O órgão não se aproximava do modelo idealizado pelos juizes, pois, além de ser subordinado ao Ministério da Justiça, surgiu sem qualquer autonomia financeira e independente do Juizado de Menores¹⁰⁵.

O SAM tinha orientação correcional-repressiva e seu modelo de atendimento era pautado em internatos (reformatórios e casas de correção) e patronatos agrícolas, bem como escolas de aprendizagem de ofícios urbanos. O primeiro era destinado aos autores de infração penal e o segundo ao atendimento dos menores carentes e abandonados¹⁰⁶.

A respeito da lógica da internação, bem como de sua perpetuação nas políticas que sucederam ao SAM, Veronese pontua que esta se fundava na presunção de que crianças e adolescentes carentes

[...] seriam melhor protegidos se fossem isolados em relação ao seu ambiente de origem que os predisponha a uma situação de delinquência e marginalidade. A internação significaria, sob esta ótica, a exposição máxima ao trabalho disciplinado, do qual resultaria a recomposição da identidade da criança abandonada e infratora, dentro dos padrões convencionais de interação.¹⁰⁷

¹⁰² VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 31.

¹⁰³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 31.

¹⁰⁴ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 60.

¹⁰⁵ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 32-33.

¹⁰⁶ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *De menor a cidadão*. p. 124.

¹⁰⁷ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 32.

Gomes da Costa¹⁰⁸ observa que até o ano de 1945 o órgão respondeu bem às finalidades para as quais foi criado. Todavia, em razão de denúncias de corrupção e de crueldade praticadas no interior da instituição¹⁰⁹, sua extinção passou a ser reivindicada desde a década de 50, o que deu ensejo a um movimento de reformulação que culminou com sua substituição pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, autorizada pela Lei n. 4.513, de 1º de dezembro, de 1964¹¹⁰.

1.2.4 A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor — FUNABEM

A FUNABEM constituiu o principal órgão de atendimento à Infância no período de 1964 a 1990 e teve sua criação atrelada ao fechamento do SAM, representando uma tentativa de ruptura com o modelo repressivo¹¹¹.

O novo órgão nacional, dotado de autonomia administrativa e financeira¹¹², tinha como objetivo formular e implantar a Política Nacional do Bem-Estar do Menor – PNBEM (artigo 5º da Lei n. 4.513/1964), pautada nos princípios constantes de documentos internacionais, a que o Brasil tenha aderido¹¹³ e que resguardem os direitos do menor e da família, bem como nas seguintes diretrizes (artigo 6º da Lei n. 4.513/1964):

¹⁰⁸ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 124.

¹⁰⁹ Segundo Gomes da Costa: “Seu caráter repressivo, embrutecido e desumanizante é desvelado à opinião pública, que passa a conhecê-lo como ‘universidade do crime’ e ‘sucursal do inferno’.” (COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 126). No mesmo sentido, Rizzini e Rizzini destacam que “[...] foi em relação aos chamados *transviados* que o SAM fez fama, acusado de fabricar criminosos. No imaginário popular, o SAM acaba por ser [sic] transformar em uma instituição para prisão de *menores transviados* e em uma *escola do crime*. A passagem pelo SAM tornava o rapaz temido e indelevelmente marcado. A imprensa teve papel relevante na construção dessa imagem, pois ao mesmo tempo em que denunciava os abusos contra os internados ressaltava o grau de periculosidade dos ‘bandidos’ que passaram por suas instituições de reforma. Sob o regime democrático, o órgão federal frequentou as páginas de jornais e revistas anunciando os escândalos que ocorriam por detrás dos muros de seus internatos.” (RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 34)

¹¹⁰ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 93.

¹¹¹ PELLEGRINI, Suzana Assis Brasil de Moraes. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes**. p. 30.

¹¹² FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. p. 37.

¹¹³ Segundo Veronese, “No plano internacional, o fato de maior importância em se tratando da proteção à infância e adolescência, foi a declaração Universal dos Direitos da Criança, firmada em Genebra em 1924, e proclamada na Assembléia das Nações Unidas, em 10 de novembro de 1956, da qual o Brasil é um dos países signatários.” (VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. p. 34).

I - Assegurar prioridade aos programas que visem à integração do menor na comunidade, através de assistência na própria família e da colocação familiar em lares substitutos;

II - Incrementar a criação de instituições para menores que possuam características aprimoradas das que informam a vida familiar, e, bem assim, a adaptação, a esse objetivo, das entidades existentes de modo que somente do menor à falta de instituições desse tipo ou por determinação judicial. Nenhum internacional se fará sem observância rigorosa da escala de prioridade fixada em preceito regimental do Conselho Nacional;

III - Respeitar no atendimento às necessidades de cada região do País, as suas peculiaridades, incentivando as iniciativas locais, públicas ou privadas, e atuando como fator positivo na dinamização e autopromoção dessas comunidades.¹¹⁴

Desse modo, contrariando a orientação anterior, pautada exclusivamente na resolução do problema por meio da internação, a nova política postulava que a Fundação deveria trabalhar junto à faixa de população onde os menores estariam sujeitos a um processo de marginalização¹¹⁵. Conforme registram Rizini e Rizini “A tônica era a da valorização da vida familiar e da ‘integração do menor na comunidade’. O mote ‘internar em último caso’ figuraria com insistência na produção discursiva da instituição.”¹¹⁶.

Nessa nova conjuntura, Gomes da Costa¹¹⁷ observa que o enfoque correicional-repressivo, que via o menor como uma ameaça social, foi substituído por uma concepção assistencialista, que o percebia como carente. Em vista disso, o autor pontua que a noção de privação passou a ocupar o espaço central na estratégia de atendimento, no lugar da noção de periculosidade, pois o assistencialismo

[...] dirige-se à criança e ao jovem perguntando pelo que ele não é, pelo que ele não sabe, pelo que ele não tem, pelo que ele não é capaz. Daí que, comparado ao menino de classe média, tomado como padrão da normalidade, o menor marginalizado passa a ser visto como

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 4.513, de 1 de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 4 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹¹⁵ JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. p. 94.

¹¹⁶ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 36.

¹¹⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 128.

carente bio-psico-sócio-cultural, ou seja, um feixe de carências.¹¹⁸

Sob essa ótica, o atendimento teria como objetivo tentar devolver o que havia sido subtraído da Criança na esfera das relações sociais até aquele momento¹¹⁹.

No entanto, é preciso considerar que o contexto político brasileiro da época – marcado pelo início do regime militar ditatorial – estava pautado na Doutrina da Segurança Nacional, com uma ideologia pautada na moral, disciplina e trabalho, como fundamentos básicos à nação que almejava o progresso¹²⁰. Por conseguinte, o novo órgão de proteção aos menores surge vinculado a essa matriz ideológica que resgata, no dizer de Rizini e Rizini, “[...] a defesa nacional contra a ameaça comunista, vislumbrada na ditadura Vargas.”¹²¹.

Assim, apesar da política expressa da não internação, o modelo difundido perpetuou a prática do internamento de menores¹²². O recolhimento de Crianças de rua foi intensificado¹²³, pois, em tempos de segurança nacional sua presença nas ruas constituía fato politicamente incômodo, pois as deixava expostas aos riscos da subversão, causando insegurança na população¹²⁴.

Esse padrão básico de atendimento ao menor estabelecido no país se deu por meio da adoção dos centros de triagem, nas capitais, e das redes oficiais de internatos, no interior¹²⁵. Porém, a FUNABEM, ao ser criada, assim como muitas de suas congêneres estaduais, herdou do SAM a estrutura física, material e sobretudo pessoal, o que implicou na absorção da cultura organizacional do passado¹²⁶. Como consequência, o modelo correccional-repressivo de atendimento nunca foi, de fato, inteiramente superado¹²⁷. O modelo assistencialista, arremata Gomes da Costa, “[...] conviveu, durante toda a sua vigência hegemônica, com as práticas repressivas

¹¹⁸ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 128.

¹¹⁹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 128.

¹²⁰ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 67.

¹²¹ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 36.

¹²² RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 37.

¹²³ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 37.

¹²⁴ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil**. p. 38.

¹²⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 128.

¹²⁶ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 129.

¹²⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 129.

herdadas do passado.”¹²⁸.

Desse modo, o que se verificou com a implantação da FUNABEM foi a criação de

[...] uma rede de atendimento assistencial, correccional-repressivo, que atuava com vistas na irregularidade da condição infantil, reforçando o papel assistencialista do Estado numa prática absolutamente centralizada, com motivações ideológicas autoritárias do regime militar. A solução do ‘problema do menor’ era a política de contenção institucionalizada, mediante o isolamento, como forma de garantir a segurança nacional e a imposição de práticas disciplinares com vistas à obtenção de obediência.¹²⁹

Este modelo de assistência entrou em crise e, no ano de 1976, começou a ser debatido no meio político, sendo instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito, a CPI do Menor, no Congresso Nacional, que teve conclusões assemelhadas àquelas verificadas no declínio do SAM, mas em proporções ainda maiores¹³⁰. Apesar disso, a única alteração substancial foi a transferência da FUNABEM para o Ministério da Previdência e Assistência Social¹³¹.

No plano legislativo, teve início o debate¹³² sobre a necessidade de reforma da legislação menorista, que culminou com a promulgação do Código de Menores no ano de 1979.

1.2.5 O Código de Menores de 1979

Em 1978 foi instituída a Comissão Nacional do Ano Internacional da Criança, que teve como resultado de seus trabalhos a elaboração, no ano seguinte,

¹²⁸ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 129.

¹²⁹ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 65.

¹³⁰ FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. p. 39.

¹³¹ FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. p. 40.

¹³² Esse debate foi polarizado por “[...] dois movimentos se articularam para impor um novo projeto de assistência à infância. De um lado, Juízes de Menores, tendo no Rio de Janeiro seu vértice principal, advogavam a adoção das bases do chamado Direito Menorista, com ênfase no resgate dos poderes normativos dos Juízes de Menores, nos moldes do Código Mello Mattos de 1929. De outro, juristas de São Paulo pregavam a ampla restrição da intervenção na esfera jurídica com concomitante perspectiva social e humanitária, cujo foco eram os direitos da criança, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU, de 1959. [...]”. (FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. p. 37).

do novo Código de Menores¹³³, Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979¹³⁴, que constituiu a formatação jurídica da Doutrina da Situação Irregular¹³⁵, construída a partir da Política Nacional do Bem-Estar do Menor adotada em 1964¹³⁶.

Ressaltando o descompasso com a história, Vieira e Veronese¹³⁷ observam que o Código de Menores foi promulgado no mesmo ano em que tiveram início as discussões internacionais que culminaram na aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989. E enfatizam

Enquanto o mundo começava a compreender que a criança não é mero objeto, mas pessoa que tem direito à dignidade, ao respeito e à liberdade, a legislação brasileira perpetuava a visão de que crianças e adolescentes se igualavam a objetos sem autonomia, cujos destinos seriam traçados pelos verdadeiros sujeitos de direitos, isto é, pelos adultos.”¹³⁸

Indicando uma continuidade de paradigma doutrinário, Alyrio Cavallieri registra que o diploma tinha como base os antecedentes legislativos brasileiros, desde o Código Mello Mattos às leis que, em 1967 e 1968, cuidaram, especificamente, dos menores infratores¹³⁹.

Segundo Cavallieri¹⁴⁰, o novo diploma, atento às novas posições doutrinárias, eliminou as denominações, o etiquetamento e os rótulos de abandonado, delinquente, transviado, exposto, infrator, os quais cederam lugar para uma nova definição, a Situação Irregular.

¹³³ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 67.

¹³⁴ BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹³⁵ Discorrendo a respeito do Direito do Menor, Alyrio Cavallieri registra que existiam três escolas doutrinárias em torno do tema: “1ª - Doutrina da proteção integral - partindo dos Direitos das crianças, reconhecidos pela O.N.U., a lei asseguraria a satisfação de todas as necessidades das pessoas de menor idade, nos seus aspectos gerais, incluindo-se os pertinentes à saúde, educação, recreação, profissionalização etc. 2ª - Doutrina do Direito Penal do Menor - somente a partir do momento em que o menor pratique um ato de delinquência interessa ao direito. 3ª - Doutrina intermediária da situação irregular - os menores são sujeitos de direito quando se encontrarem em estado de patologia social, definida legalmente..” (CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor: um novo direito. p. 393).

¹³⁶ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 68.

¹³⁷ VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. p. 29-30.

¹³⁸ VIEIRA, Cleverton Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação**. p. 29-30.

¹³⁹ CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor: um novo direito. p. 393-394.

¹⁴⁰ CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor: um novo direito. p. 394.

Por conseguinte, sempre que o menor se encontrasse em oposição à situação de normalidade¹⁴¹, ou seja, que não estivesse ajustado aos padrões de regularidade imaginados pelo legislador¹⁴², seria considerado em Situação Irregular¹⁴³. Nesse contexto, a Infância pobre foi associada à delinquência¹⁴⁴ e o infrator passou a ser entendido apenas como um grau mais acentuado de patologia social¹⁴⁵.

Em vista disso, o Código de Menores definiu um conjunto único de medidas¹⁴⁶, aplicável indistintamente ao menor carente, ao abandonado e ao infrator¹⁴⁷.

Ainda que tenha previsto que todas as medidas aplicáveis visariam, fundamentalmente, a integração sociofamiliar do menor (artigo 13), a política de atendimento seguiu a tônica da institucionalização da Infância pobre

[...] reforçando a ideia das grandes instituições, onde se misturava infratores (autores de delitos) e abandonados (vitimizados por abandono e maus-tratos), competindo ao Juiz de Menores, que dispunha de amplos poderes discricionários, determinar a privação da liberdade, sem qualquer limitação de tempo, tanto para um quanto para outro grupo.¹⁴⁸

Oportuno registrar que a discricionariedade constitui uma característica marcante do direito de menores baseado a Doutrina da Situação Irregular¹⁴⁹, que

¹⁴¹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 128.

¹⁴² FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. p. 41.

¹⁴³ De acordo com o artigo 2º do Código de Menores de 1979, considerava-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

¹⁴⁴ FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. p. 41.

¹⁴⁵ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 128.

¹⁴⁶ Segundo o artigo 14 do Código de Menores, "São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária: I - advertência; II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade; III - colocação em lar substituto; IV - imposição do regime de liberdade assistida; V - colocação em casa de semiliberdade; VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado."

¹⁴⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 128.

¹⁴⁸ FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária**. p. 41.

¹⁴⁹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 19.

entende a legalidade como a mera legitimação do que o responsável pela aplicação das medidas acredita ser mais conveniente¹⁵⁰. Segundo Méndez, o Código de Menores de 1979 foi a melhor manifestação jurídica dessa corrente de pensamento, pois nele “[...] a discricionariedade não fazia parte da patologia de alguma parte do código, fazia parte da fisiologia do código. O juiz poderia fazer a, b, c, d, ou aquilo que considerasse mais conveniente.”¹⁵¹.

Desse modo, verifica-se que o Código de Menores de 1979 não rompeu com a linha principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infantojuvenil instituída no Brasil desde o Código Mello Mattos¹⁵². Constituiu o último suspiro dos princípios ideológicos da Doutrina da Segurança Nacional¹⁵³.

De acordo com Gomes da Costa¹⁵⁴, o padrão de atendimento estabelecido pela FUNABEM e pelo Código de Menores¹⁵⁵ passou a ser conhecido tanto pela perversidade de suas práticas, como pela ineficácia de seus resultados. A partir da reabertura democrática, não tardou a ser questionado.

1.3 O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A RUPTURA DO PARADIGMA DA SITUAÇÃO IRREGULAR

A Doutrina da Situação Irregular foi hegemônica, se não exclusiva, até meados da década de 80¹⁵⁶, quando começou a ser questionada.

Nada obstante, Alessandro Baratta¹⁵⁷ observa que desde a segunda metade do século XX, tanto na Europa como na América Latina, o discurso sobre os

¹⁵⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia, uma questão de justiça. p. 34.

¹⁵¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. p. 19.

¹⁵² FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil**. p. 46.

¹⁵³ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 71.

¹⁵⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 129.

¹⁵⁵ Segundo o autor “[...] a Funabem e as Febem(s), enquanto retaguardas dos juizados de menores, nada mais eram do que os depósitos onde a sociedade e o Estado não resolviam mas escondiam (jogavam para debaixo do tapete), o resíduo, o subproduto do modelo econômico-social vigente no país.” (COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Memórias do futuro. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. Cap. 10. p. 146-149. (Série Direitos da Criança 4). p. 147).

¹⁵⁶ MÉNDEZ, Emilio Garcia. O direito de menores como direito maior. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 11. p. 181-193. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa. p. 189.

¹⁵⁷ BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. p. 57.

direitos humanos começou a estender-se em direção aos direitos das crianças e adolescentes, encontrando expressão na doutrina e nos documentos das Nações Unidas.

Nessa linha de tendência, Aisling Parkes¹⁵⁸ registra que no ano de 1978 a Polônia apresentou um esboço de Convenção sobre os Direitos da Criança à Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, espelhado na Declaração dos Direitos da Criança de 1959. A proposta foi submetida à apreciação de Estados-Membros, de organizações não governamentais, de agências intergovernamentais regionais e de agências especializadas, os quais reconheceram a necessidade de um tratado para proteger os direitos das Crianças, porém entenderam que a proposta polonesa estava desatualizada¹⁵⁹. Segundo o autor, entendeu-se na época que uma Convenção sobre os Direitos da Criança deveria conter disposições mais atuais e concretas, sendo então criado um grupo de trabalho para a elaboração do documento no ano de 1980¹⁶⁰, atividade que se estendeu ao longo da década.

No Brasil, Cecilia Ziliotto¹⁶¹ registra que já na década de 70 o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo promoveu semanas de estudos dos problemas dos menores, nas quais se faziam críticas à Doutrina da Situação Irregular. Entretanto, pontua que, diante da inexistência de um parâmetro externo para ser utilizado como referencial, não se vislumbrava qualquer possibilidade de revisão do paradigma.

Essa condição começou a se alterar no início dos anos 80, quando amadureceu no país o movimento social em favor das crianças e adolescentes em circunstâncias especialmente difíceis¹⁶², que almejava a construção de uma alternativa comprometida com a realização dos direitos humanos¹⁶³. Segundo Gomes da Costa,

¹⁵⁸ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law: The right of the child to be heard*. Abingdon e Nova York, Eua: Routledge, 2013. p. 71. Ebook.

¹⁵⁹ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 71-72.

¹⁶⁰ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 72.

¹⁶¹ ZILLOTTO, Cecília. Por que o Estatuto da Criança e do Adolescente? In: CBIA. **Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente**. São Paulo: CBIA, 1994. p. 24.

¹⁶² COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 132.

¹⁶³ CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas**. p. 69.

[...] num Brasil que avançava em seu processo de redemocratização, não cabia mais um conjunto de práticas de controle social da infância e da juventude de características tão marcadamente autoritárias como aquelas da política de atendimento inscrita no Código de Menores e na PNBEM. À violência das polícias e às medidas subjetivas e discricionárias dos juízes somavam-se as práticas de atendimento assistencialistas e correccionais-repressivas dos órgãos executores, para resultar num sistema sobre cuja perversidade tudo o que se escreveu até hoje é muito pouco, quando se pensa em retratar, realmente, o que foram as últimas décadas para as crianças e adolescentes em situação de risco no país.¹⁶⁴

Nesse novo contexto histórico-político, não mais se justificava a manutenção do direito de menores baseado na Doutrina da Situação Irregular, que tinha entre suas características, a transgressão constante das mais básicas garantias constitucionais¹⁶⁵ e uma visão negativa da Infância, que era percebida por aquilo que não tinha e não era¹⁶⁶. No dizer de Viana, o modelo então vigente no país

[...] submetia a criança à condição de objeto, estigmatizando-a como em situação irregular, violando e restringindo seus direitos mais elementares, geralmente reduzindo-a à condição de incapaz, e onde vigorava uma prática não participativa, autoritária e repressiva representada pela centralização das políticas públicas.¹⁶⁷

A nova perspectiva vislumbrada para a Infância, baseada no reconhecimento de que a Criança é titular de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes de sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, rompe com a ideia de que ela seja simples objeto de intervenção do mundo adulto¹⁶⁸. Conforme observa Gomes da Costa, a partir dessa concepção

O menino deixa de ser visto como um feixe de carências e passa a ser percebido como sujeito de sua história e da história de seu povo, como um feixe de possibilidades abertas para o futuro. Agora se pergunta o que ele é, o que ele sabe, o que ele traz e do que ele é capaz.¹⁶⁹

Trata-se do reconhecimento da Cidadania da Criança, apropriadamente

¹⁶⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Memórias do futuro. p. 148.

¹⁶⁵ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Legislações infanto-juvenis na América Latina: modelos e tendências. p. 23.

¹⁶⁶ CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. p. 23.

¹⁶⁷ CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. p. 22.

¹⁶⁸ MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 21.

¹⁶⁹ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 129.

definido por Méndez¹⁷⁰ como a “chegada da Revolução Francesa com duzentos anos de atraso”. Com efeito, o autor registra que o movimento revolucionário nos deixou como legado os direitos do homem e do cidadão e que, a partir de então, todas as pessoas são consideradas “homens”, incluindo nessa concepção as mulheres, as crianças e os excluídos. No entanto, nem todas as pessoas são cidadãos. Isso porque

Historicamente, os direitos inerentes à pessoa humana não incluem os direitos da cidadania, direitos que se caracterizam pela existência de determinado status político-jurídico que mais especificamente implica a capacidade plena para o exercício dos direitos do homem, da pessoa humana. Crianças, mulheres, excluídos precisam de representante – o pai, o patrão ou o Estado – para exercer os direitos da pessoa humana.¹⁷¹

Na cultura da compaixão-repressão, sob o eufemismo da proteção, a negação da Cidadania à Infância e, por conseguinte, da capacidade para o exercício dos direitos do homem, legitimou as práticas e o discurso da discricionariedade¹⁷². A concepção da Criança cidadã contrapõe-se diretamente a essa práxis, pois

Para um sistema de garantias não ser apenas um luxo ornamental, deve ter, entre outros requisitos, sujeitos com capacidade de acioná-lo. Ou se é sujeito de direito, tendo-se a capacidade de uso real das técnicas jurídicas que assegura, a efetividade das normas, das garantias, ou se é objeto da compaixão-repressão, o que quer dizer que são outros - os adultos ou o Estado - aqueles que decidem o que, como e quando. No primeiro caso os direitos são protegidos usando-se técnicas que asseguram as garantias. No segundo caso, protegem-se as pessoas, o que é forma de manifestação compassiva da discricionariedade.¹⁷³

Conforme Paulo Afonso Garrido de Paula, a possibilidade da Criança Participar de relações jurídicas na condição de sujeito, constitui um rompimento com “[...] com o sistema de proteção reflexa dos direitos civis, onde a tutela do mundo infanto-juvenil estaria contemplada na proteção jurídica dos interesses do mundo

¹⁷⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Cidadania da criança: a Revolução Francesa com 200 anos de atraso. p. 199.

¹⁷¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Cidadania da criança: a Revolução Francesa com 200 anos de atraso. p. 199-200.

¹⁷² MÉNDEZ, Emilio Garcia. Cidadania da criança: a Revolução Francesa com 200 anos de atraso. p. 200.

¹⁷³ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Cidadania da criança: a Revolução Francesa com 200 anos de atraso. p. 197-198

adulto.”¹⁷⁴.

Além disso, o reconhecimento da Cidadania da Infância aponta para o fechamento, inicialmente jurídico, da brecha entre Crianças e menores¹⁷⁵. Com efeito, Ziliotto¹⁷⁶ destaca que a Doutrina da Proteção Integral apresenta uma nova perspectiva sobre a Infância, eliminando divisão entre criança/adolescente e menores, tornando-os sujeitos, iguais, e com direitos a serem respeitados. No dizer de Machado, esse entendimento

[...] assenta-se na premissa de que todas as crianças e os adolescentes, independentemente da situação fática em que se encontrem, merecem *igualdade jurídica*, merecem receber da sociedade um único e igualitário regime de direitos fundamentais, livre de tratamento discriminatório ou opressivo.¹⁷⁷

Essa nova perspectiva a respeito da Infância embasou uma mudança do paradigma no sistema normativo brasileiro, bem como constituiu o marco fundante da Convenção sobre os Direitos da Criança.

1.3.1 A Constituição da República Federativa do Brasil

A discussão a respeito do esgotamento do modelo de atendimento estabelecido pela PNBEM e pelo Código de Menores de 1979, culminou com a mobilização de setores da Igreja Católica, movimentos sociais e organizações não governamentais em torno dos direitos da criança e do adolescente no ano de 1985, com o objetivo de viabilizar a participação popular na Assembleia Nacional Constituinte¹⁷⁸.

No mesmo ano, defensores da renovação legal e política do atendimento ao menor lançaram a Frente de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente – FNDDC, a qual emitiu uma Carta à Nação Brasileira¹⁷⁹, postulando a

¹⁷⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002. p. 21.

¹⁷⁵ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia, uma questão de justiça. p. 42.

¹⁷⁶ ZILLOTTO, Cecília. Por que o Estatuto da Criança e do Adolescente? p. 27.

¹⁷⁷ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. p. 50. (Grifos no original).

¹⁷⁸ SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**: novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. (Biblioteca Edusp de Direito: 8). p. 63-64.

¹⁷⁹ A Carta de Brasília, ou Carta à Nação Brasileira, foi elaborada no “[...] IV Congresso ‘O Menor na

constitucionalização do direito da criança e do adolescente¹⁸⁰.

Na sequência, formou-se a Comissão Nacional Criança e Constituinte, integrada por representantes dos Ministérios da Educação, Saúde, Previdência, Assistência Social, Justiça, Trabalho e Planejamento, com participação nas audiências públicas dos grupos de trabalho encarregados das áreas temáticas do texto constitucional¹⁸¹. Paralelamente, foi entregue à Assembleia Constituinte uma carta de reivindicações firmada por mais de um milhão de crianças e adolescentes¹⁸², sendo que um grupo composto por movimentos sociais e organizações não governamentais formou a corrente Criança: Prioridade Nacional, que tinha como objetivo pressionar os constituintes¹⁸³. O resultado desses trabalhos foi a apresentação de duas emendas de iniciativa popular, com mais de duzentas mil assinaturas, sob os títulos “Criança e Constituinte” e “Criança: Prioridade Nacional”, posteriormente unificadas em plenário¹⁸⁴.

O resultado desse trabalho foi a incorporação do artigo 227, *caput*, ao texto da CRFB/88¹⁸⁵, que constitui uma síntese da Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo anteprojeto já era conhecido no Brasil quando da elaboração da Carta Constitucional¹⁸⁶.

Assim, rompendo com o paradigma até então vigente no país, a CRFB/88 incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro a Doutrina da Proteção Integral, que pautada na concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito nas

Realidade Nacional’, realizado em Brasília, de 21 a 25 de outubro de 1986, promovido pela Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança.” (COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. **Brasil criança urgente: o novo direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Columbus Cultural, 1989. (Coleção Pedagogia Social). p. 28)

¹⁸⁰ SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**. p. 64.

¹⁸¹ SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**. p. 64.

¹⁸² SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**. p. 64.

¹⁸³ SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**. p. 64.

¹⁸⁴ SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**. p. 64.

¹⁸⁵ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

¹⁸⁶ COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. p. 137.

suas relações com o mundo adulto, ou seja, nas relações com a família, a sociedade e o Estado¹⁸⁷. Trata-se, no dizer de Garrido de Paula, de “[...] um conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas.”¹⁸⁸.

O processo de mudança do marco normativo da Infância seguiu com a aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU.

1.3.2 A Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, em vigor desde o dia 2 de setembro de 1990, ratificada por 193 países, é o tratado internacional de direitos humanos com o maior número de adesões¹⁸⁹.

Constitui o instrumento mais importante da Doutrina das Nações Unidas da Proteção Integral da Infância, que é composta, também, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para os Jovens Privados de Liberdade e pelas Diretrizes das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil.

O documento abrange todas as áreas definidas como direitos humanos, englobando não apenas os direitos civis e políticos, como também os direitos econômicos, sociais e culturais, visando, desse modo, garantir a proteção integral dos direitos da Criança.

Assim, se o direito do menor serviu como instrumento de legitimação da exceção às garantias constitucionais ao público infantojuvenil¹⁹⁰, a Convenção sobre os Direitos da Criança introduziu explicitamente a obrigatoriedade do respeito de todos

¹⁸⁷ MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. p. 49-50.

¹⁸⁸ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. p. 23.

¹⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 281.

¹⁹⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. *Infância, lei e democracia, uma questão de justiça*. p. 41.

os princípios jurídicos básicos para a criança e o adolescente¹⁹¹.

Mais do que isso, conforme registra Marta Santos Pais¹⁹², a Convenção trouxe uma nova concepção sobre a Criança que, embora reconhecida como um ser humano vulnerável, que requer proteção e assistência da família, da sociedade e do Estado, passou a ser considerada como um sujeito de direitos.

A partir da Convenção, adverte Pais¹⁹³, a Criança não pode mais ser tida como um receptor passivo do cuidado ou das decisões dos adultos. No mesmo sentido, Parkes¹⁹⁴ salienta que a Criança passou a ser vista mais como um sujeito de direitos do que como um objeto de proteção dos adultos.

Nada obstante, é preciso reconhecer que essa nova perspectiva encontra óbice na dominação exercida pelo mundo adulto sobre crianças e adolescentes, “[...] que os subordina e os mantêm reféns como objetos, pela condição peculiar de pessoas em desenvolvimento que os deixa submissos pela dependência total daqueles que detém o poder sobre eles”¹⁹⁵. A superação desse obstáculo torna-se questão fundamental para a consolidação da Cidadania da Infância, pois

Um cidadão que goza de direitos democráticos na esfera política (com capacidade de influenciar com suas opiniões e com suas decisões sobre a comunidade), mas que está sujeito a relações autocráticas nas distintas instâncias da sociedade (a família, a escola, a fábrica ou as associações civis ou religiosas nas quais participa) será um cidadão pela metade¹⁹⁶.

Em vista disso, reveste-se de importância fundamental a compreensão do sentido e alcance do direito da Criança ser ouvida e de Participar ativamente na construção de todas as decisões que digam respeito a sua vida, preceito elencado no

¹⁹¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Legislações infanto-juvenis na América Latina: modelos e tendências. p. 32.

¹⁹² PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. **Boletim Documentação e Direito Comparado**, Lisboa, n. 81/82, 2000. p. 92-101. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/8182MartaPais.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014. p. 93

¹⁹³ PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. p. 93.

¹⁹⁴ PARKES, Aisling. ***Children and international human rights law***. p. 34.

¹⁹⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**. p. XXIII.

¹⁹⁶ BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. p. 60-61.

artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁹⁷.

1.3.3 O Estatuto da Criança e do Adolescente

Promulgada a CRFB/88, tornou-se imperiosa a adequação da legislação infraconstitucional, uma vez que o Código de Menores de 1979, pautado na Doutrina da Situação Irregular, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, fundada na Doutrina da Proteção Integral.

Como resultado, no ano de 1990 o Brasil editou o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹⁸, primeira legislação que, em setenta anos, alterou substancialmente a cultura da proteção-repressão¹⁹⁹ e que constitui, no dizer de Méndez²⁰⁰, a “[...] melhor interpretação da Doutrina das Nações Unidas para a Proteção Integral da Criança e do Adolescente.”.

Diversamente das legislações anteriores, o Estatuto da Criança e do Adolescente dirige-se a toda Infância, sem nenhuma distinção. É dividido em duas partes e inicia tratando dos Direitos Fundamentais da Infância e adolescência, garantindo o acesso e regulamentando o exercício dos preceitos elencados no *caput* do artigo 227 da CRFB/88. Em seguida, na Parte Especial, versa a respeito das políticas de atendimento, das medidas de proteção para o caso de violação de direitos, das garantias processuais nos casos de atos infracionais e sobre o acesso à Justiça, bem como dos crimes e infrações cometidos contra os direitos de crianças e adolescentes.

Conforme Méndez²⁰¹, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que começou como um projeto de lei, tornou-se um projeto de sociedade. Passados vinte e cinco anos de sua vigência, o grande desafio da sociedade brasileira continua sendo a incorporação de seus valores democráticos e torná-lo realidade.

¹⁹⁷ Este tema será abordado no capítulo 2.

¹⁹⁸ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

¹⁹⁹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. O direito de menores como direito maior. p. 191.

²⁰⁰ MÉNDEZ, Emilio Garcia. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil. p. 120-121.

²⁰¹ MÉNDEZ, Emilio Garcia. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil. p. 121.

Após verificar a evolução histórica da concepção a respeito da Infância, no próximo capítulo será feita a análise do direito da Criança ser ouvida e Participar ativamente de todas as questões que dizem respeito a sua vida.

CAPÍTULO 2

O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE SEREM OUIDOS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 12 DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

2.1 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Como observado no capítulo anterior, a evolução histórica do Direito da Criança e do Adolescente demonstra que apenas recentemente ocorreu o reconhecimento da Cidadania da Infância, com a elevação dessa parcela da sociedade à condição de sujeito de direitos, em contraposição à concepção anterior que a considerava como mero de objeto de intervenção dos adultos.

O ordenamento jurídico brasileiro acolheu a Doutrina da Proteção Integral da Organização das Nações Unidas, que tem na Convenção o documento de maior relevância.

Gerison Lansdown²⁰² registra que, além de não serem mais meras receptoras da proteção dos adultos, as Crianças passaram a ser consideradas pela normativa internacional como atores sociais, habilitadas a serem ouvidas no exercício dos direitos.

Essa perspectiva rompe com a concepção tradicional sobre a Infância, onde as Crianças eram tratadas como membros invisíveis da sociedade, para os quais era negado o direito a uma voz significativa, assim como obstado o acesso à justiça e a mecanismos de reclamação²⁰³.

A Criança, agora compreendida como sujeito de direitos e ator social, deve ser vista como pessoa apta a elaborar e manifestar opiniões, “[...] participar nos

²⁰² LANSDOWN, Gerison. *Children's participation: a decade of change*. **Interights Bulletin: A Review of the International Centre for the Legal Protection of Human Rights**. Londres, p. 48-51. [N. I.] 2003. Disponível em: <<http://www.interights.org/document/53/index.html>>. Acesso em: 01 fev. 2014. p. 48.

²⁰³ PARKES, Aisling. **Children and international human rights law**. p. 30.

processos de tomada de decisão e influenciar nas soluções, intervir como um parceiro no processo de mudança social e na construção da democracia.”²⁰⁴.

Cabe ressaltar que a Participação constitui não apenas um Direito Fundamental da Cidadania²⁰⁵, como também um parâmetro para avaliação do nível de democracia de um país, pois, conforme registra Roger Hart, “Uma nação é democrática na medida em que seus cidadãos participam, especialmente em nível comunitário.”²⁰⁶.

Assim, a partir da Convenção, a construção de soluções para questões que digam respeito à Criança, bem como à realização dos direitos a serem promovidos, devem ser feitas, no dizer de Pais, “*com a Criança*”²⁰⁷.

2.1.1 A Convenção sobre os Direitos da Criança no ordenamento jurídico brasileiro

A Convenção não foi o primeiro documento internacional de proteção dos direitos da Criança.

Em 1924, a Quinta Assembleia da Liga das Nações aprovou a Declaração dos Direitos da Criança, a qual não estabelecia nenhuma obrigação para os Estados Partes²⁰⁸.

No ano de 1959, a Organização das Nações Unidas editou a Declaração Universal sobre os Direitos da Criança, que, segundo registram Josiane Rose Petry

²⁰⁴ PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. p. 93. Texto original: “[...] *able to form and express opinions, to participate in decision-making processes and influence solutions, to intervene as a partner in the process of social change and in the building up of democracy*.” (Tradução livre do mestrando).

²⁰⁵ HART, Roger A. ***La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica***. [S. l.]: Unicef - Oficina Regional Para América Latina y El Caribe, [S. l.]. p. 5. (*Ensayos Innocenti*, n. 4). Disponível em: <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie_participation_spa.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

²⁰⁶ HART, Roger A. ***La participación de los niños***. p. 4. Texto original: “*Una nación es democrática en la medida que sus ciudadanos participan, especialmente a nivel comunitario*.” (tradução livre do mestrando).

²⁰⁷ PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. p. 93-94. Texto original: “*with the child*”. (Tradução livre do mestrando). (Grifo no original).

²⁰⁸ PARKES, Aisling. ***Children and international human rights law***. p. 66.

Veronese e Mayra Silveira, configurou uma simples carta de intenções²⁰⁹.

Retomando à Convenção, registre-se que ela possui natureza coercitiva para o Estado Parte que a subscreveu e ratificou²¹⁰.

Isso porque as convenções internacionais sobre direitos humanos geram obrigações jurídicas para os Estados Partes. Segundo observa Luigi Ferrajoli²¹¹, depois de recebidos pelas ordens constitucionais, os Direitos Fundamentais reconhecidos nas convenções internacionais tornam-se direitos supraestatais, ou seja, limites externos aos poderes públicos.

No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990²¹², e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 99.710, de 21 de novembro de 1990²¹³.

O artigo 5º, parágrafo 2º, da CRFB/88 estabelece que os direitos e garantias nela expressos “[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”²¹⁴. Segundo Flávia Piovesan²¹⁵, por intermédio desse dispositivo, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja

²⁰⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência - atualizado de acordo com a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 - Lei Nacional da Adoção. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 26.

²¹⁰ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. p. 26.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. p. 16.

²¹² BRASIL. Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Nacional das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo governo Brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. **Decretos Legislativos**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. v. 28, p. 16. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Decretos/1990.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²¹³ BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

²¹⁴ Segundo Valerio de Oliveira Mazzuoli, as categorias Tratado e Convenção constituem sinônimos perfeitos nas Constituições brasileiras: “Sem embargo de as Constituições brasileiras sempre terem colocado o termo ‘tratado’ ao lado de outros termos, como ‘convenção’, dando a impressão de que tratados e convenções designam coisas diversas, pode-se afirmar, junto à MARIA DE ASSIS CALSING, que as Constituições brasileiras vêm utilizando termos redundantes, que têm o mesmo significado, porque afora a diferença terminológica, tratado e convenção são sinônimos perfeitos; [...]” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais**: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 48-49).

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 108.

parte passam a integrar o catálogo de direitos constitucionalmente protegidos.

A respeito da posição dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal assim se pronunciou, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 349703:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).²¹⁶

Embora sustente a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004²¹⁷ constituem normas materialmente constitucionais²¹⁸, Piovesan registra que a jurisprudência do

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349703. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do Art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Relator: Ministro Aires Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de janeiro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703%2EENUME%2E+OU+349703%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzqy53x>> Acesso em 20 nov. 2015.

²¹⁷ A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o parágrafo 3º ao texto do artigo 5º, com o seguinte teor: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

²¹⁸ Para a Piovesan, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004 os tratados internacionais de direitos humanos podem ser considerados material ou formalmente constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro: “[...] com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente

Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento no sentido de reconhecer apenas seu caráter especial e sua supralegalidade²¹⁹.

Sem adentrar na discussão a respeito da constitucionalidade ou supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, o que se observa é que tais documentos possuem valor normativo e ocupam uma posição diferenciada no ordenamento jurídico brasileiro, com ascendência sobre a legislação infraconstitucional.

Disso decorre não apenas a obrigação do Brasil implementar os direitos reconhecidos na Convenção, como também de se fazer uma interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente sob o prisma do tratado internacional.

2.1.2 O Comitê sobre os Direitos da Criança

Com o objetivo de monitorar sua implementação pelos Estados Partes, a Convenção estabeleceu a criação de um Comitê para os Direitos da Criança (artigo 43, parágrafo 1), o qual foi constituído no início de 1991²²⁰. É composto atualmente por dezoito especialistas²²¹, que, além da Convenção, monitoram a implementação de seus Protocolos Facultativos²²².

O Comitê reúne-se na cidade de Genebra, Suíça, e normalmente realiza três sessões por ano, com duração de um mês cada, sendo que as três primeiras

constitucionais, por força do § 2º do art. 5º [...]. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 139).

²¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 135.

²²⁰ *COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Fact Sheet No.10 (Rev.1), The Rights of the Child*. p. 4. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10rev.1en.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

²²¹ *UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office Of The High Commissioner For Human Rights. Committee on the Rights of the Child*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>>. Acesso em: 01 fev. 2014

²²² Existem atualmente em vigor dois protocolos facultativos à Convenção: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 230, de 29 de maio de 2003 e promulgado pelo Decreto n. 5.006, de 8 de março de 2004) e Protocolo Facultativo à Convenção Sobre os Direitos da Criança Referente à Venda de Crianças, à Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (aprovado pelo Decreto Legislativo n. 230, de 29 de maio de 2003 e promulgado pelo Decreto n. 5.007, de 8 de março de 2004).

semanas consistem em plenárias e a quarta é destinada à preparação da próxima reunião.²²³

Nos termos do artigo 44, parágrafo 1, da Convenção, os Estados Partes são obrigados a apresentar ao Comitê “[...] relatórios sobre as medidas que tenham adotado com vistas a tornar efetivos os direitos reconhecidos na convenção e sobre os progressos alcançados no desempenho desses direitos”. O primeiro relatório deve ser submetido no prazo de dois anos a partir da data em que a Convenção entrou em vigor em cada Estado Parte; a partir de então deverão ser apresentados relatórios periódicos, a cada cinco anos (artigo 44, parágrafo 1, *a e b*). O Comitê examina cada relatório e encaminha suas considerações e recomendações ao Estado Parte, na forma de Observações Conclusivas.

Além disso, desde 1992 o Comitê promove os Dias Gerais de Discussão, que buscam fomentar o aprofundamento do entendimento a respeito do conteúdo e implicações de artigos ou tópicos da Convenção²²⁴. Participam desses eventos representantes dos governos, órgãos de direitos humanos da Organização das Nações Unidas e agências especializadas, organizações não governamentais, instituições nacionais de direitos humanos, assim como Crianças e especialistas²²⁵. Como resultado dessas discussões, o Comitê emite recomendações a respeito das questões levantadas²²⁶.

A partir de 2001, o Comitê começou a publicar suas interpretações sobre o

²²³ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *Office Of The High Comissioner For Human Rights*.

²²⁴ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. **Day of General Discussion on the Right of the Child to Be Heard**. [Genebra], 2006. p. 1. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2006.doc>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

²²⁵ PARKES, Aisling. **Children and international human rights law**. p. 41.

²²⁶ Os temas já tratados nos Dias Gerais de Discussão são: A Criança nos Conflitos Armados (1992), Exploração Econômica (1993), Papel da Família (1994), A Menina (1995), Justiça Juvenil (1995), A Criança e a Mídia (1996), Crianças com Deficiência (1997), HIV/AIDS (1998), Decimo Aniversário: Medidas Gerais de Implementação (1999), Violência do Estado contra a Criança (2000), Violência contra a Criança na Família e na Escola (2001), O Setor Privado como Prestador de Serviços (2002), os Direitos da Criança Indígena (2003), Implementação dos Direitos da Criança na Primeira Infância (2004), Crianças sem Cuidado dos Pais (2005), o Direito da Criança de Ser Ouvida (2006), Recursos para o Direito das Crianças – Responsabilidade dos Estados (2007), o Direito da Criança à Educação em Situações de Emergência (2008), Crianças com Pais Encarcerados (2011), o Direito de Todas as Crianças no Contexto da Migração Internacional (2012) e Mídia Digital e o Direito das Crianças (2014). (Comitê sobre os Direitos da Criança. **Days of General Discussion**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/DiscussionDays.aspx>>. Acesso em: 15 out. 2014).

conteúdo dos direitos humanos dos dispositivos da Convenção, conhecidas como Observações Gerais, as quais têm como objetivo auxiliar os Estados Partes na implementação das obrigações assumidas²²⁷.

O Comitê aponta como princípios gerais da Convenção a Não-Discriminação (artigo 2), o Superior Interesse da Criança (artigo 3), o Direito à Vida, à Sobrevivência e ao Desenvolvimento (artigo 6) e o Respeito às Opiniões da Criança (artigo 12)²²⁸.

Dentre outros, é objeto de especial preocupação do Comitê a implementação do Direito de Ser Ouvida, expresso no artigo 12 da Convenção, o qual constitui elemento básico à efetividade da concepção da Criança como sujeito de direitos e ator social²²⁹. Dessa forma

²²⁷ Já foram publicadas dezenove Observações Gerais: Observação Geral n. 1, sobre os Propósitos da Educação (2001); Observação Geral n. 2, sobre o Papel das Instituições Nacionais Independentes de Direitos Humanos na Promoção e Proteção dos Direitos da Criança (2002); Observação Geral n. 3, sobre o HIV/AIDS e os Direitos da Criança (2003); Observação Geral n. 4, sobre A Saúde de o Desenvolvimento dos Adolescentes no Contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança (2003); Observação Geral n. 5, sobre Medidas Gerais de Aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (2003); Observação Geral n. 6, sobre O Tratamento das Crianças Desacompanhadas e Separadas dos Pais Fora de seu País de Origem (2005); Orientação Geral n. 7, sobre a Realização dos Direitos da Criança na Primeira Infância (2006); Observação Geral n. 8, sobre o Direito da Criança à Proteção contra Castigos Corporais e Outras Formas de Castigo Cruéis ou Degradantes (artigo 19, parágrafo 2 do artigo 28 e artigo 37, entre outros) (2006); Observação Geral n. 9, sobre os Direitos da Criança com Deficiência (2007); Observação Geral n. 10, sobre os Direitos da Criança na Justiça Juvenil (2007); Observação Geral n. 11, sobre a Criança Indígena e seus Direitos em Virtude da Convenção (2009); Observação Geral n. 12, sobre o Direito da Criança de Ser Ouvida (2009); Observação Geral n. 13, sobre o Direito da Criança a Não Ser Objeto de Nenhuma Forma de Violência (2011); Observação Geral n. 14, sobre o Direito da Criança de que seu Superior Interesse Seja Uma Consideração Primordial (artigo 3, parágrafo 1) (2013); Observação Geral n. 15, sobre o Direito da Criança Desfrutar o Nível Mais Alto Possível de Saúde (artigo 24) (2013); Observação Geral n. 16, sobre as Obrigações do Estado em Relação ao Impacto do Setor Empresarial nos Direitos da Criança (2013); Observação Geral n. 17, sobre o Direito da Criança ao Descanso, ao Lazer, ao Divertimento, às Atividades Recreativas, à Vida Cultural e às Artes (2013) (Comitê sobre os Direitos da Criança; Recomendação Geral conjunta - Comentário Geral n. 31 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres e n. 18 do Comitê sobre os Direitos da Criança sobre práticas prejudiciais (2014); e Observação Geral n. 19, sobre os Gastos Públicos e os Direitos da Criança (artigo 4), 2015. **General Comments**. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11>. Acesso em: 15 out. 2015).

²²⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. **General guidelines regarding the form and content of initial reports to be submitted by states parties under article 44, paragraph 1 (a), of the convention**. [?], 1991. p. 4. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/Guidelines_initial_reports_CRC.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

²²⁹ Nas observações finais sobre o relatório submetido pelo Brasil no ano de 2004, apesar de acolher os esforços feitos pelo País, o Comitê externou preocupação com a existência de atitudes tradicionais que limitam o efetivo respeito pelas opiniões da Criança na família, nas escolas, em

[...] o Comitê verifica que, na maioria das sociedades do mundo, a observância do direito da criança expressar sua opinião sobre a ampla gama de questões que a afetam e que essa opinião se tenha devidamente em conta segue vendo-se obstaculizada por muitas práticas e atitudes inveteradas e por barreiras políticas e econômicas.²³⁰

Diante dessa preocupação, o órgão promoveu um Dia Geral de Discussões sobre o tema no ano de 2006 e publicou a Observação Geral n. 12 de 2009, com o objetivo de auxiliar os Estados Partes na aplicação efetiva do dispositivo.

2.2 O DIREITO DE SER OUVIDA

Os direitos elencados na Convenção são normalmente agrupados em três categorias: proteção, provisão e Participação, conforme observa Iain Byrne²³¹. Destes, o último continua sendo o mais contestado e negligenciado pelos Estados Partes, pois, enquanto se considera ser de mais fácil assimilação os direitos de proteção da Criança ou a promoção de seus direitos econômicos e sociais, existe uma especial falta de comprometimento para o reconhecimento do direito das pessoas jovens Participarem ativamente nas decisões que as afetam direta, ou indiretamente²³².

Para a superação dessas dificuldades, assume especial relevo a compreensão do sentido e alcance do Direito de Ser Ouvida, assegurado à Criança pelo artigo 12 da Convenção, que assim dispõe:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a

outras instituições e na sociedade em geral (*COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Examen de los informes prestados pelos Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Brasil*. Genebra, 2004, §§ 36-37. (CRC/C/15/Add.241). Disponível em: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhsgnXZ0ChBsrwmcY8/+FNoDEbiN6/0Afs2t20x0WEwN4jXHbgxbB98tggEtOG/9vBRca02pgu2oH0ww7NCBfCfbxEK6B37cdQD+Xa7N14sFvl>>. Acesso em: 18 set. 2015).

²³⁰ *COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General n. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado*. Genebra. 2009. p. 6, § 4. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11>. Acesso em: 01 fev. 2014. Texto original: “[...] el Comité observa que, en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas”. (Tradução livre do mestrando).

²³¹ BYRNE, Iain. *Participation: the forgotten 'P' in the Convention on de Rights of the Child Interights Bulletin: A Review of the International Centre for the Legal Protection of Human Rights*. Londres, p. 45-47. [N. 1.] 2003. Disponível em: <<http://www.interights.org/document/53/index.html>>. Acesso em: 1 fev. 2014. p. 45.

²³² BYRNE, Iain. *Participation: the forgotten 'P' in the Convention on de Rights of the Child*. p. 45.

formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Segundo o Comitê, este artigo constitui uma disposição sem precedentes em tratados de direitos humanos, na medida em que indica a condição jurídica e social da Criança que, por um lado, carece da plena autonomia dos adultos e, de outro, é sujeito de direitos²³³.

Como dito anteriormente, o artigo 12 constitui um dos valores fundamentais da Convenção. Como tal, não estabelece apenas um valor em si mesmo, mas também deve ser levado em conta para se interpretar e fazer respeitar todos os demais direitos garantidos²³⁴.

O Direito de Ser Ouvida é comumente associado à categoria Participação, expressão não contida na Convenção. O Comitê, sem desconsiderar essa situação terminológica, observa que o conceito de Participação

[...] evoluiu e atualmente é utilizado, em geral, para descrever processos permanentes, como intercâmbios entre crianças e adultos sobre a base no respeito mútuo, em que as crianças podem aprender a forma com que suas opiniões e as dos adultos são levadas em consideração e determinam o resultado desses processos.²³⁵

Para Parkes, “[...] participação significa proporcionar às crianças a oportunidade de expressar suas opiniões, influenciando os processos de tomada de decisão e políticas que afetem suas vidas.”²³⁶.

²³³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 5, § 1.

²³⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 5, § 2.

²³⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 5, § 3. Texto original: “[...] ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.” (Tradução livre do mestrando).

²³⁶ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 48. Para o artigo, a definição

O Comitê destaca a importância das opiniões da Criança, que pode apresentar perspectivas e experiências úteis²³⁷. No dizer da Comissão Europeia, “as crianças possuem boas ideias. Elas podem pensar coisas que os adultos não pensariam”²³⁸.

Além disso, para o órgão de monitoramento, a Participação não deve ser reduzida a um ato isolado, mas consistir no “[...] ponto de partida para um intenso intercâmbio de opiniões entre Crianças e adultos sobre a elaboração de políticas, programas e medidas em todos os contextos pertinentes à vida das Crianças.”²³⁹. Conforme Pais, a Participação constitui um processo de aprendizagem desafiador para Crianças e adultos, que não pode ser reduzido a uma simples formalidade²⁴⁰.

2.2.1 Análise jurídica do conteúdo do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança

Sendo o Direito de Ser Ouvida, ou, como largamente empregado, de Participação, um Direito Fundamental garantido a todas as Crianças, cumpre analisar o conteúdo jurídico do artigo 12 da Convenção.

Para melhor compreensão, seguindo a metodologia empregada pelo Comitê na Observação Geral n. 12, os comandos do dispositivo foram divididos em subtópicos, nos quais serão abordados o sentido e o alcance de cada preceito, as condicionantes para seu efetivo exercício, bem como as obrigações advindas aos Estados Partes.

2.2.1.1 O Direito de Ser Ouvida (artigo 12, parágrafo 1)

de Parkes será utilizada como conceito operacional da categoria Participação. Texto original: “[...] *participation means affording children the opportunity to express views, influencing processes of decision-making and policies that affect their lives.*”. (Tradução livre do mestrando).

²³⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 7, § 12.

²³⁸ EUROPEAN COMMISSION. **Children's rights, as they see them**. Luxemburgo: European Union, 2011. p. 3. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights-of-the-child_en.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014. Texto original: “*Children have good ideas. They can think of things that adults would not.*” (Tradução livre do mestrando).

²³⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 7-8, § 13. Texto original: “[...] *el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños.*” (Tradução livre do mestrando).

²⁴⁰ PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. p. 99.

2.2.1.1.1 O Dever dos Estados Partes assegurarem o exercício do Direito de Ser Ouvida

O artigo 12, parágrafo 1, inicia estabelecendo que os Estados Partes assegurarão o direito da Criança expressar suas opiniões livremente.

De acordo com o Comitê, o termo “assegurarão” constitui expressão jurídica que não deixa margem à discricionariedade para os Estados Partes, que possuem a obrigação de adotar as medidas necessárias para fazer respeitar plenamente este direito para todas as Crianças²⁴¹, inclusive aquelas socialmente excluídas, como as portadoras de necessidades especiais²⁴².

Nessa perspectiva, Laura Lundy destaca que o envolvimento das Crianças nos processos de tomada de decisões não deve mais ser percebido como uma opção concedida pelos adultos, mas como imperativo legal²⁴³, a ser observado sempre que se fizerem presentes as condicionantes para o seu exercício.

Por conseguinte, as legislações e políticas nacionais deverão ser adaptadas para viabilizar o efetivo exercício do Direito de Ser Ouvida por todas as Crianças.

2.2.1.1.2 A capacidade da Criança para o exercício do Direito de Ser Ouvida

O Direito de Ser Ouvida é assegurado a toda Criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos, sem discriminações de qualquer tipo²⁴⁴.

Importante registrar que não se trata de um direito absoluto²⁴⁵, pois seu exercício exige que a Criança tenha condições de elaborar uma opinião própria sobre o tema que lhe afeta²⁴⁶.

²⁴¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 9, § 19.

²⁴² LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard: a resource guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment no. 12*. Londres: Save de Children, 2011. p. 19.

²⁴³ LUNDY, Laura. 'Voice' is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. *British Educational Research Journal*, [S.l.], v. 33, n. 6, p. 927-942, dez. 2007. P. 931.

²⁴⁴ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 78.

²⁴⁵ LUNDY, Laura. 'Voice' is not enough. p. 931.

²⁴⁶ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 78.

Essa restrição, contudo, não deve ser interpretada como uma limitação ao Direito de Ser Ouvida. Segundo o Comitê²⁴⁷, a capacidade das Crianças para formarem suas próprias opiniões é presumida, de modo que eventual restrição ao direito de participação só deve ser admitida, no dizer de Maria Clara Sottomayor, “[...] em casos especiais, na medida do necessário para a proteção de seus interesses e suprimento de incapacidades naturais, de acordo com um princípio de proporcionalidade que implica a proibição de excesso”²⁴⁸.

Em vista disso, a exclusão da Criança de qualquer processo de tomada de decisão que lhe afete, tem como pressuposto a prévia avaliação e constatação da ausência de condições desta para elaborar um juízo próprio e autônomo sobre a questão.

O Comitê enfatiza que a Convenção não estabelece limitação etária para o exercício desse direito e desaconselha os Estados Partes a fazê-lo²⁴⁹, uma vez que o conceito de Criança como sujeito de direitos, com liberdade para expressar suas opiniões e de se manifestar sobre todas as questões que lhe afete, alcança todas as etapas de seu desenvolvimento²⁵⁰.

Quanto a esse ponto, cabe registrar que o artigo 12 não restringe a comunicação à linguagem formal²⁵¹ e que as Crianças são capazes de formar e expressar opiniões desde pequenas, ainda que não possam fazê-lo verbalmente²⁵².

²⁴⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 9, § 20.

²⁴⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. O direito das crianças: um novo ramo do direito. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Temas de direito das crianças**. Coimbra: Almedina, 2014. Ebook sem referência às páginas.

²⁴⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 9, § 21.

²⁵⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación general n. 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia*. Ginebra: [N. l.], 2005, p. 7, § 14. Disponível em: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhsqkirKQZLK2M58RF/5F0vFBt3FEuw5MPwUGL3wWtvx4j73rex5qxa3VhfNzYn7+dbRHuM4agUSxhkjOXwIbpMnaaJjO4jYHG8asmo1ium8u>>. Acesso em: 21 set. 2015.

²⁵¹ LANSDOWN, Gerison. *The evolving capacities of the child*. Florença: *Unicef Innocenti Research Centre; Save The Children*, 2005. p. 4

²⁵² Nesse sentido, Lansdown observa que desde o nascimento a Criança expressa suas necessidades e seus desejos por meio de uma gama de sons, como balbuciando ou murmurando, rindo e por meio de gestos e movimentos corporais. (LANSDOWN, Gerison. *Can you hear me?: the right of young children to participate in decisions affecting them*. Haia: Bernard van Leer Foundation, 2005. p. 1. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http://www.bernardvanleer.org/Can_you_hear_me_The_right_of_young_children_to_participate_in_decisions_affecting_them?pubnr=598&download=1&ei=hqvUUp3zNPSrsATZjY>

Em vista disso, é preciso considerar que

[...] a plena aplicação do artigo 12 exige o reconhecimento e respeito das formas não verbais de comunicação, como as brincadeiras, a expressão corporal e facial, o desenho e pinturas, mediante as quais as Crianças muito pequenas demonstram capacidade de compreender, eleger e ter preferências²⁵³.

Outro aspecto a ser ponderado ainda quanto à capacidade para exercício do Direito de Ser Ouvida, é que não se exige da Criança o completo entendimento a respeito da questão que lhe afeta, sendo suficiente apenas que esta consiga formar uma opinião própria sobre o assunto²⁵⁴.

Ao reconhecer o direito à participação desde a mais tenra idade, em conformidade com a aptidão da Criança para formular seus próprios juízos a respeito de assunto a ela relacionado, a Convenção adotou um modelo gradualista do desenvolvimento da autonomia.

Nesse contexto, a incapacidade deixa de ser vista como um bloco fechado – passível de ser presumida em função da idade, por exemplo –, e passa a ser percebida “[...] como um processo gradual de desenvolvimento ao longo do qual as crianças vão adquirindo autonomia e capacidade de decisão, sendo admitidas maioridades parciais”²⁵⁵.

Esse envolvimento da Criança nos processos de tomada de decisão constitui um verdadeiro treino para a Cidadania²⁵⁶, com grande importância para o

CYBA&usg=AFQjCNE7wuUbPSoATXvJqJ79T5T0wZuzfQ&bvm=bv.60444564,d.cWc>. Acesso em: 01 fev. 2014.

²⁵³ *COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General n. 12 (2009)*. p. 9, § 21. Texto original: “[...] la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”. (Tradução livre do mestrando).

²⁵⁴ *COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Observación General n. 12 (2009)*. p. 9, § 21.

²⁵⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. O direito das crianças: um novo ramo do direito, Ebook sem referência às páginas.

²⁵⁶ Segundo Sottomayor, “[o] treino da criança para a cidadania pode-se fazer desde tenra idade, permitindo à criança pequenas opções no quotidiano, em relação a actos materiais, como o corte de cabelo e o vestuário, e a participação na decisão quanto a cuidados de saúde correntes e quanto à frequência de culto religioso ou escola a frequentar. Ao alcance da capacidade natural dos adolescentes deve estar a prática de actos jurídicos expressivos da sua personalidade e sensibilidade como a inscrição num partido político, sindicato, associação, clube desportivo e a decisão de publicação de uma obra.” (SOTTOMAYOR, Maria Clara. O direito das crianças: um novo

desenvolvimento de uma sociedade democrática, pois não seria realista esperar que estas se convertessem repentinamente

[...] em adultos responsáveis e participativos nas idades de 16, 18 ou 21 anos, sem nenhuma experiência prévia em habilidades e responsabilidades que se requerem. Uma compreensão da participação democrática, a confiança e capacidade para participar só se podem adquirir gradualmente por meio da prática; não podem ensinar-se como uma abstração.²⁵⁷

Verifica-se, desse modo, a importância do reconhecimento da Criança como sujeito de direitos, portador de voz ativa na família, na comunidade e na sociedade, apto para Participar ativamente, desde a mais tenra idade, de processos de tomada de decisão que lhe digam respeito.

2.2.1.1.3 O direito da Criança de expressar suas opiniões livremente

O direito de expressar livremente sua opinião consiste na possibilidade da Criança externar suas percepções livre de pressões, manipulação ou influências de outras pessoas. Isso significa que a Criança tem o direito de apresentar a sua perspectiva pessoal sobre qualquer matéria que lhe afete²⁵⁸.

Em decorrência desse preceito e com o objetivo de garantir o efetivo exercício do direito de Participação, o artigo 12 impõe aos adultos, na condição de pais, professores, profissionais e políticos, a obrigação de encorajar e habilitar as Crianças a contribuírem com suas opiniões em todos os processos de tomada de decisão que as envolvam²⁵⁹.

A liberdade de expressar as opiniões implica, ainda, no caráter facultativo do Direito de Ser Ouvida, de modo que compete à Criança escolher se deseja, ou não,

ramo do direito, Ebook sem referência às páginas).

²⁵⁷ HART, Roger A. **La participación de los niños**. p. 5. Texto original: “[...] en adultos responsables y participativos a la edad de 16, 18 o 21 años, sin ninguna experiencia previa en las habilidades y responsabilidades que se requieren. Una comprensión de la participación democrática y la confianza y capacidad para participar sólo se pueden adquirir gradualmente por medio de la práctica; no pueden enseñarse como una abstracción”. (Tradução livre do mestrando).

²⁵⁸ Comitê sobre os Direitos da Criança. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 10, § 22.

²⁵⁹ LANSDOWN, Gerison. **Promoting children's participation in democratic decision-making**. Florença: Unicef Innocenti Research Centre, 2001. p. 2.

exercê-lo²⁶⁰.

Lansdown²⁶¹ indica que para a Criança expressar livremente suas opiniões, são necessários: informação, espaço adequado e segurança, entendidos dessa forma:

a) informação – constitui um pré-requisito para uma Participação relevante e significativa da Criança²⁶². Provê-la de informações significa prepará-la para alcançar a habilidade, confiança e maturidade para expressar suas opiniões e influenciar decisões²⁶³. Para tanto, é preciso que a informação seja relevante, apropriada e disponível em uma forma compreensível para a Criança²⁶⁴. É necessário, também, que o responsável pela escuta informe à Criança sobre o tema abordado, as opções e as possíveis decisões que podem vir a ser adotadas, assim como suas consequências²⁶⁵;

b) espaço adequado – a escuta da Criança deve ser feita em um espaço que lhe propicie tempo, incentivo e apoio, para que possa desenvolver e articular seus pontos de vista com clareza e confiança²⁶⁶. Para tanto, pressupõe-se que a Criança seja ouvida em um ambiente livre de qualquer forma de violência, ou ameaça²⁶⁷. Todavia, considerando que o Direito de Ser Ouvida abrange todas as questões que envolvem a Criança, incluindo situações cotidianas como família, escola e comunidade, não se exige que a escuta seja feita sempre em ambientes formais²⁶⁸;

c) segurança – a Criança precisa sentir-se confiante de que está autorizada a expressar suas preocupações e opiniões, sem medo de críticas ou punição, mesmo quando sua perspectiva desafia o entendimento dos adultos²⁶⁹.

Desse modo, percebe-se que para o livre exercício do Direito de Ser

²⁶⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 10, § 22.

²⁶¹ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 22.

²⁶² PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. p. 96.

²⁶³ PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. p. 96.

²⁶⁴ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 22.

²⁶⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 10, § 25.

²⁶⁶ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 22.

²⁶⁷ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 80.

²⁶⁸ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 80.

²⁶⁹ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 22.

Ouvida, é necessário que os responsáveis por sua escuta disponibilizem informações sobre o tema em questão, como também um entorno adequado, que lhe propicie confiança e segurança.

2.2.1.1.4 O Direito de Ser Ouvida sobre todos os assuntos que lhe digam respeito

O artigo 12 garante ainda, o direito da Criança ser escutada em todos os assuntos a ela relacionados. Vale dizer que o Direito de Ser Ouvida alcança um grande espectro de ações, desde atividades diárias até eventos de nível internacional²⁷⁰, não sendo restrito, conforme ressaltam Rachel Hodgkin e Peter Newell²⁷¹, aos temas abordados na Convenção.

Isso significa que a partir do reconhecimento do direito à Participação, não há mais um setor reservado à autoridade dos pais ou adultos onde não se tenha como cabível a opinião da Criança²⁷². O Direito de Ser Ouvida estende-se, portanto, a todas as ações e decisões que afetem a vida das Crianças, seja na família, escola, cuidados de saúde, comunidade local, ou nível político nacional²⁷³, direta ou indiretamente.

Enfatizando que essa prática contribui para o engajamento da Criança nos processos sociais de sua comunidade e de sua sociedade, o Comitê ressalta a necessidade dos Estados Partes escutarem atentamente as opiniões das Crianças, uma vez sua perspectiva incrementar a qualidade das soluções²⁷⁴.

Esse crescente envolvimento da Criança nos processos de tomada de decisão terá como consequências não apenas a consolidação do reconhecimento da sua condição de cidadão, apto a Participar ativamente da vida social, como o também o incremento do nível de democracia da nação.

²⁷⁰ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 76.

²⁷¹ HODGKIN, Rachel; NEWELL, Peter. *Manual de aplicación de la convención sobre los derechos del niño: Edición enteramente revisada*. Genebra: Unicef, 2004. p. 179. (Título original: *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child – fully revised edition*).

²⁷² HODGKIN, Rachel; NEWELL, Peter. *Manual de aplicación de la convención sobre los derechos del niño*. p. 179. No mesmo sentido, Parkes registra que o princípio do respeito às opiniões da Criança tem aplicação tanto na privacidade da família, como na sociedade em geral (PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 82).

²⁷³ LANSDOWN, Gerison. *Can you hear me?* p. 3.

²⁷⁴ Comitê sobre os Direitos da Criança. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 11, § 27.

2.2.1.1.5 O direito da Criança ter sua opinião levada em consideração de acordo com a sua idade e maturidade

O Direito de Ser Ouvida não se satisfaz com a mera escuta da Criança. Mais do que isso, é necessário que a opinião manifestada seja tomada em consideração como um dos elementos a serem ponderados na elaboração da decisão, sempre que a Criança estiver apta a realizar um juízo próprio sobre tema que lhe afete²⁷⁵.

Nesse sentido, Parkes observa que a implementação do direito de Participação exige que os adultos compreendam e considerem as opiniões da Criança, assim como busquem a elaboração de uma solução dirigida a essas ideias, em algum grau. Entretanto, adverte, o artigo 12 não estabelece que as opiniões da Criança sejam determinantes, ou conclusivas; implica apenas que suas opiniões devem ser levadas em consideração na formulação da decisão²⁷⁶.

Lansdown igualmente sustenta a necessidade de que aquilo que a Criança diz seja levado a sério, pois não faria sentido ouvi-la se sua opinião não fosse considerada posteriormente. A autora ressalta, também, que isso não significa que deva ser seguido aquilo que a Criança diz. O que se pretende é que sua perspectiva seja apropriadamente considerada por ocasião da tomada de decisão²⁷⁷.

Os critérios definidos pela Convenção para a valoração da opinião expressada pela Criança, são a idade e a maturidade, por meio dos quais se deve buscar definir o seu nível de compreensão sobre o tema em questão²⁷⁸.

Importante ressaltar que nenhum desses parâmetros é determinante para, isoladamente, estabelecer a capacidade da Criança externar suas opiniões²⁷⁹.

Com efeito, a idade, por si só, não pode constituir o fundamento do valor

²⁷⁵ Comitê sobre os Direitos da Criança. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 11, § 28.

²⁷⁶ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 77.

²⁷⁷ LANSDOWN, Gerison. *Can you hear me?* p. 3.

²⁷⁸ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 23.

²⁷⁹ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 85.

da opinião da Criança, pois

Os níveis de compreensão das Crianças não estão ligados de maneira uniforme a sua idade biológica. Tem-se demonstrado em estudos que a informação, a experiência, o ambiente, as expectativas sociais e culturais, bem como o nível de apoio contribuem para o desenvolvimento da capacidade da criança para formar uma opinião.²⁸⁰

A maturidade diz respeito à aptidão da Criança para compreender e avaliar as consequências de um determinado assunto que lhe diga respeito²⁸¹. O Comitê reconhece, todavia, a dificuldade de sua definição²⁸² e registra que, no contexto do artigo 12, a maturidade deve ser entendida como “[...] a capacidade de uma criança para expressar suas opiniões sobre o tema em questão de forma razoável e independente”²⁸³.

Destaca-se que a avaliação do nível de compreensão da Criança deve ser efetuada caso a caso²⁸⁴. Enfatiza-se, ainda, que quanto maiores as consequências a decisão para a vida da Criança, mais importante será a correta aferição de sua maturidade²⁸⁵.

Além dos critérios definidos para a avaliação do grau da compreensão da Criança sobre o assunto que lhe diga respeito (idade/maturidade), a Convenção não

²⁸⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 11, § 29. Texto original: “[...] Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. [...]” (Tradução livre do mestrando).

²⁸¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 11, § 30.

²⁸² Em documento destinado a orientar os Estados Membros da União Europeia para a adoção de medidas que possam adaptar os sistemas de justiça à infância, a FRA – *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* registra que a avaliação do grau de maturidade da Criança constitui um fator determinante para estabelecer o modo de sua participação em procedimentos judiciais. Observa, também, que diante da inexistência de uma definição legal clara a respeito do conceito de maturidade, atualmente cada juiz pode avaliá-la segundo seu próprio critério. Desse modo, recomendou aos Estados Membros a introdução de métodos legais objetivos para a determinação da maturidade das Crianças, tendo em conta sua idade e capacidade de compreensão (FRA – *Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales*. Viena: Oficina de Publicaciones, 2015. p. 4)

²⁸³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 11, § 30. Texto original: “[...] es la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente.” (Tradução livre do mestrando).

²⁸⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 11, § 29.

²⁸⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 11, § 30.

estabelece quais fatores devem ser considerados para a determinação do valor a ser dado para sua opinião. Com o objetivo de suprir essa lacuna, Carlyne Willow²⁸⁶ apresenta um rol de questões, baseadas em normas mais amplas de direitos humanos, que podem ser empregadas na ponderação sobre o peso que a manifestação da Criança deve exercer sobre a decisão. Em linhas gerais, a proposta inclui as seguintes indagações: a) em que medida a decisão impactará sobre a Criança, bem como outras Crianças e adultos? b) Considerando a força do ponto de vista da Criança, quais os danos que poderiam vir a ser causados caso se decida de forma contrária a sua opinião? c) se a opinião da Criança for seguida completamente, qual o impacto que isso terá sobre os seus direitos em geral, bem como sobre os direitos de outras pessoas também afetadas pela decisão? d) se as opiniões da Criança não forem seguidas, qual o impacto que isso terá sobre os seus direitos em geral? e) se a opinião da Criança não pode ser seguida integralmente, em que medida poderia sê-lo parcialmente?

Destaca-se, por fim, que para uma efetiva Participação infantil nos processos de tomada de decisão que lhe digam respeito, é necessário que os responsáveis por sua escuta ajam de forma coerente, consistente e responsável, demonstrando de que modo foi levada em consideração a manifestação da Criança²⁸⁷. Isso implica, sobretudo nos casos em que não for possível seguir a opinião manifestada, na obrigação de informação da decisão à Criança, bem como dos motivos que a fundamentaram²⁸⁸.

Por meio dessas medidas será possível dar à opinião da Criança o devido valor, tornando efetivo o seu direito de Participar enquanto sujeito de direitos em todas as questões que lhe digam respeito.

2.2.1.2 O Direito de Ser Ouvida nos processos judiciais e administrativos (Artigo 12, parágrafo 2)

²⁸⁶ WILLOW, Carlyne. *Children's right to be heard and effective child protection: A guide for Governments and children's rights advocates on involving children and young people in ending all forms of violence*. Bangkok: Save The Children Sweden, 2010. p. 40.

²⁸⁷ WILLOW, Carlyne. *Children's right to be heard and effective child protection*. p. 40.

²⁸⁸ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 23.

2.2.1.2.1 O direito da Criança ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que lhe diga respeito

Ao passo em que o primeiro parágrafo do artigo 12 da Convenção garante o direito da Criança capaz de formar um juízo próprio, independentemente da idade, ser ouvida em todas as questões que lhe digam respeito, o segundo parágrafo enfatiza a imperiosidade de sua Participação em processos judiciais e administrativos.

A interpretação quanto aos tipos procedimentos em que deve ocorrer a escuta da Criança deve ser a mais ampla possível. Assim, o dispositivo abrange todos os processos judiciais ou administrativos, bem como os mecanismos alternativos de solução de conflitos, que de alguma forma afetem a Criança, sem limitação de qualquer espécie²⁸⁹.

O segundo parágrafo do artigo 12 da Convenção estabelece, dessa forma, uma obrigação para os Estados Partes, consistente em disponibilizar meios para que as Crianças possam Participar de qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhes diga respeito, se assim desejarem fazê-lo.

O Direito de Ser Ouvida aplica-se nos procedimentos iniciados pela Criança, tais como denúncias de maus tratos e recursos contra a expulsão escolar, e naqueles intentados por outras pessoas mas que de alguma forma lhe afete, como nos casos de afastamento da família ou adoção²⁹⁰.

O Comitê destaca que para o pleno exercício do direito de Participar em processos judiciais e administrativos, os procedimentos devem ser acessíveis e adaptados, sendo que o ambiente onde a escuta será realizada não pode ser intimidatório, hostil, insensível ou inadequado para a idade da Criança²⁹¹.

Para esse fim, enfatiza que a escuta deve ser precedida de uma preparação que contemple: a) informação, em linguagem acessível, sobre o direito que possui de expressar suas opiniões em todos os assuntos que lhe digam respeito,

²⁸⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 12, § 32.

²⁹⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 12, § 33.

²⁹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 12, § 34.

bem como das consequências que podem advir de sua manifestação; b) informações quanto à possibilidade de se expressar-se diretamente, ou por meio de um representante, assim como das consequências dessa decisão; c) orientação sobre como, quando e onde será ouvida, quem serão os participantes e quem deverá tomar em conta suas opiniões²⁹².

No tocante ao ambiente de escuta, a FRA destaca que

[...] Para uma participação real e efetiva, é necessário que as autoridades pertinentes criem um entorno seguro e acolhedor, bem como utilizem métodos de inquirição adequados, com o fim de determinar e ter em conta as necessidades específicas das Crianças.²⁹³

Para tanto, Hodgkin e Newell sugerem que os tribunais e demais órgãos oficiais responsáveis pela tomada de decisão adotem inovações como

[...] salas menos impressionantes para as audiências, roupas mais simples para juízes e advogados, gravação em vídeo dos depoimentos, instalação de telas e salas de espera separadas, bem como preparação especial para os testemunhos infantis”.²⁹⁴

Como forma de garantir o respeito à opinião manifestada em procedimento judicial ou administrativo, o Comitê ressalta a importância do responsável pela tomada de decisão explicitar a medida em que a perspectiva apresentada pela Criança foi levada em consideração²⁹⁵. Além disso, é imprescindível que a Criança tenha acesso a mecanismos de recurso, caso a decisão contrarie seu entendimento sobre a questão²⁹⁶.

Como se observa, a nova concepção de Criança, reconhecida como

²⁹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 13, § 41.

²⁹³ FRA – AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA. *Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales*. Viena: Oficina de Publicaciones, 2015. p. 3. Texto original: “[...] Para una participación real y efectiva, es necesario que las autoridades pertinentes creen un entorno seguro y acogedor y utilicen métodos de interrogación adecuados, con el fin de determinar y tener en cuenta las necesidades específicas de los niños.” (Tradução livre do mestrando).

²⁹⁴ HODGKIN, Rachel; NEWELL, Peter. *Manual de aplicación de la convención sobre los derechos del niño*. p. 180. Texto original: “salas menos impresionantes para las audiencias, vestimentas más simples para jueces y abogados, grabación en vídeo de los testimonios, instalación de pantallas y salas de espera separadas y preparación especial de los testigos infantiles [...]” (Tradução livre do mestrando).

²⁹⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 12, § 33.

²⁹⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 14, §§ 46-47.

cidadão apto Participar ativamente de procedimentos judiciais e administrativos que lhe afetem, implica em profunda transformação no modo de atuação das instituições responsáveis pela condução desses procedimentos, a fim de possibilitar um profícuo intercâmbio intergeracional, na construção de soluções mais democráticas, envolvendo todos os membros da sociedade.

2.2.1.2.2 O Direito de Ser Ouvida no processo judicial ou administrativo diretamente ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado

O artigo 12 reconhece a capacidade da Criança para Participar de processos judiciais, ou administrativos, que lhe digam respeito, direta ou indiretamente.

A Participação direta é aquela em que a Criança se encontra, ou se comunica, pessoalmente com o responsável pela tomada de decisão, contribuindo ativamente na sua elaboração²⁹⁷.

A Participação indireta, por sua vez, ocorre nos casos em que a Criança expressa sua opinião por meio de um representante, ou órgão apropriado²⁹⁸. O representante pode ser o responsável pela Criança, como os pais, guardião, tutor, ou outra pessoa especificamente designada para tal fim em um determinado caso²⁹⁹. Por órgão apropriado, entende-se "qualquer indivíduo ou instituição, mesmo de natureza não governamental, que esteja em condições de intervir em favor da criança, pautado por seu melhor interesse."³⁰⁰

Hodgkin e Newell observam que se deixou à discricionariedade dos Estados Partes a definição do modo como as Crianças deverão ser escutadas nos

²⁹⁷ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 87.

²⁹⁸ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 87-88.

²⁹⁹ UNITED NATIONS (Ed.). *Manual on human rights reporting: under six major international human rights instruments*. Genebra: United Nations Publication, 1997. p. 430. O artigo 142, parágrafo único, do ECA prevê a possibilidade de nomeação de curador especial para a criança e o adolescente nos casos em que houver colisão entre os interesses destes com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

³⁰⁰ UNITED NATIONS (Ed.). *Manual on human rights reporting*. p. 430. Texto original: "[...] any individual or institution, even of a non-governmental nature, which will be in a position to intervene on behalf of the child and will be guided by his or her best interests." (Tradução livre do mestrando).

procedimentos judiciais ou administrativos³⁰¹.

Entretanto, é preciso considerar que as diferentes formas de Participação constituem alternativas desenvolvidas em favor da Criança, com o objetivo de provê-la com o melhor instrumento para expressar sua opinião de uma forma livre e informada³⁰².

Preocupado com a fidelidade da transmissão das opiniões, o Comitê recomenda que, sempre que possível, se prestigie a possibilidade da Criança ser ouvida diretamente³⁰³.

No caso de Participação indireta, cabe destacar que o responsável por transmitir a opinião da Criança representa exclusivamente os interesses do infante e não de outras pessoas, tais como pais, instituições ou órgãos de atendimento³⁰⁴. Desse modo, é de especial relevância a necessidade do representante transmitir corretamente as opiniões da Criança ao responsável pela tomada de decisão³⁰⁵, sob pena de se invalidar a Participação efetiva do infante no processo.

Quanto a esse aspecto, não se pode desconsiderar a possibilidade de conflito de interesses entre a Criança e seu representante. Como forma de contornar esse risco, Parkes sugere que deveria ser da Criança a decisão sobre quem a representará³⁰⁶. Essa medida constitui salvaguarda ao Direito de Ser Ouvida, na medida em que impede que o representante da Criança apresente interesses outros, que não os do infante.

2.2.1.2.3 O Direito de Ser Ouvida no processo judicial ou administrativo em conformidade com as regras processuais da legislação nacional

Por fim, o artigo 12, parágrafo 2, estabelece que a escuta da Criança em processos judiciais ou administrativos deve estar em consonância com as regras

³⁰¹ HODGKIN, Rachel; NEWELL, Peter. *Manual de aplicación de la convención sobre los derechos del niño*. p. 180.

³⁰² UNITED NATIONS (Ed.). *Manual on human rights reporting*. p. 429-430.

³⁰³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 12, § 35.

³⁰⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 12-13, § 37.

³⁰⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 12-13, § 37.

³⁰⁶ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 89.

processuais da legislação nacional.

Essa disposição não deve ser interpretada como autorização para restringir ou impedir o desfrute desse Direito Fundamental da Criança³⁰⁷, com base em legislação procedimental inadequada³⁰⁸. Entendimento nesse sentido, contraria o disposto no artigo 4, primeira parte, da Convenção, que dispõe: “Os Estados Partes adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos reconhecidos na presente Convenção”.

Em vista disso, a conformidade com as regras processuais deve ser compreendida como a necessidade de adequação da legislação nacional³⁰⁹, com a inclusão de procedimentos que permitam o efetivo exercício do direito de Participação por toda Criança capaz de formar um juízo próprio sobre a questão, em processos judiciais ou administrativos que lhe digam respeito.

Abordados os aspectos conceituais que compõem a estrutura do direito estabelecido no artigo 12 da Convenção, cumpre analisar sua relação com os demais dispositivos do tratado.

2.2.2 A relação do artigo 12 com outros dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção apresenta uma perspectiva holística dos Direitos da Criança³¹⁰, que são considerados indivisíveis, inter-relacionados e interconectados³¹¹.

Em vista disso, Lundy registra que “o significado de cada dispositivo somente pode ser compreendido quando interpretado em conjunto com outros direitos

³⁰⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 13.

³⁰⁸ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 89.

³⁰⁹ UNITED NATIONS (Ed.). *Manual on human rights reporting*. p. 430.

³¹⁰ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *General guidelines for periodic reports: General guidelines regarding the form and contents of periodic reports by states parties under article 44, paragraph 1 (b), of the Convention*. Genebra, 1996. p. 3, § 9. Disponível em: <http://www.childoneurope.org/issues/crc_committee/su06-General-Guidelines-for-Periodic-Reports.pdf>. Acesso em: 28. set. 2015.

³¹¹ LUNDY, Laura. *‘Voice’ is not enough: conceptualizing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*. p. 932.

protegidos pela Convenção³¹².

Como visto anteriormente, o respeito às opiniões da Criança constitui um dos princípios gerais da Convenção, que deve ser levado em consideração na interpretação e implementação de todos direitos previstos no documento.

Nesse contexto, cumpre analisar a relação do artigo 12 com as disposições da Convenção que estabelecem pressupostos ao exercício do direito de opinião (artigos 5, 13 e 17), bem como seu vínculo com os demais princípios gerais (artigos 2, 3 e 6).

2.2.2.1 O princípio da autonomia progressiva previsto no artigo 5 e sua relação com o artigo 12

De acordo com o artigo 5 os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, direitos e deveres dos pais, ou responsáveis legais, de proporcionar à Criança instrução e aconselhamento adequados e de acordo com a evolução de sua capacidade no exercício dos direitos definidos na Convenção.

De um lado, o dispositivo veda a ingerência do Estado na vida familiar, impondo o dever de respeito às responsabilidades, aos direitos e deveres dos pais ou responsáveis na criação e educação da Criança.

Por outro vértice, ao determinar que os pais ou responsáveis propiciem instrução e orientação à Criança, adequada e de acordo com a evolução de sua capacidade para o exercício dos direitos reconhecidos na Convenção, o artigo 5 afirma o modelo gradualista do desenvolvimento da autonomia, denominado por Miguel Cillero Bruñol como Princípio da Autonomia Progressiva³¹³.

Segundo Bruñol³¹⁴, este princípio vem resolver o paradoxo existente entre o reconhecimento da Criança como sujeito de direitos, apta a exercê-los por si mesma,

³¹² LUNDY, Laura. *'Voice' is not enough: conceptualizing Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child*. p. 932.

³¹³ BRUÑOL, Miguel Cillero. ***Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios***. Disponível em: <http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf>. Acesso em 8 out. 2015.

³¹⁴ BRUÑOL, Miguel Cillero. ***Infancia, autonomía y derechos***. p. 5.

e a falta de autonomia plena estabelecida pelos ordenamentos jurídicos, fundada em questões de fato, ligadas à maturidade, e legais, baseadas na construção jurídica tradicional, que percebe meninos e meninas como dependentes dos adultos, em especial dos pais.

Com efeito, a partir da Convenção a Infância passa a ser “concebida como um período de desenvolvimento efetivo e progressivo da autonomia pessoal, social e jurídica”³¹⁵.

Por força de sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, além de gozar de todos os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa humana reconhecidos pelas constituições nacionais, tratados internacionais e leis internas, a Criança é dotada, ainda, de uma proteção complementar para o exercício de seus direitos, destinada a compensar sua falta de conhecimento, experiência e compreensão.

Com esse objetivo, compete aos pais ou adultos responsáveis legais oferecer orientação e conselhos adequados para que a Criança possa exercer seus direitos³¹⁶. Todavia, em consonância com o artigo 5 da Convenção, esta função de proteção deve estar de acordo com a evolução das capacidades da Criança. Assim, quanto mais a Criança souber, tiver experimentado e compreender³¹⁷, menor será necessidade de orientação e instrução³¹⁸, maior será sua competência para exercer por si mesma os direitos reconhecidos na Convenção, assim como sua responsabilidade por seus atos³¹⁹.

O artigo 12 da Convenção reafirma o Princípio da Autonomia Progressiva, ao determinar que as opiniões da Criança sejam tomadas em consideração sempre que estiver em condições de formar um juízo próprio, reconhecendo, desse modo, o seu crescente protagonismo no exercício de seus direitos e sua crescente

³¹⁵ BRUÑOL, Miguel Cillero. *Infancia, autonomía y derechos*. p. 4.

³¹⁶ COUSO, Jaime. *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia: interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*. *Revista Derechos del Niño*, Santiago, n. 3-4, p.145-166, out. 2006. p. 150.

³¹⁷ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 37.

³¹⁸ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 93.

³¹⁹ BRUÑOL, Miguel Cillero. *Infancia, autonomía y derechos*. p. 6.

responsabilidade na regulação de assuntos que lhe digam respeito.

2.2.2.2 O direito à liberdade expressão previsto no artigo 13 e sua relação com o artigo 12

O artigo 13 da Convenção garante à Criança o direito à liberdade de expressão, que consiste na “liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de todo tipo”³²⁰.

As disposições dos artigos 12 e 13 estão intimamente ligadas e, a uma primeira vista, pode parecer que são dirigidas a uma mesma situação³²¹, ou que o Direito de Ser Ouvida constitua uma simples reafirmação do direito de liberdade de expressão³²².

Nada obstante, o fato de estarem incorporados em dispositivos distintos e de coexistirem autonomamente no texto da Convenção, indica que as provisões referem-se a direitos distintos³²³.

A liberdade de expressão diz respeito ao direito da Criança ter e expressar opiniões, bem como de buscar e receber informações por qualquer meio³²⁴.

Implica numa obrigação negativa aos Estados Partes, que devem se abster de interferir ou limitar as opiniões que a Criança tem ou expressa, bem como de restringir seu acesso à informação, aos meio de comunicação e de discussão pública³²⁵.

O Direito de Ser Ouvida, por sua vez, estabelece uma dimensão adicional à liberdade de expressão³²⁶. Consagra o direito da Criança ser envolvida em todos os assuntos e processos de tomada de decisão que afetem sua vida³²⁷, manifestando livremente sua opinião sobre a questão e que esta perspectiva seja tomada em

³²⁰ BRASIL. Decreto n. 99710, de 1990. Promulga a convenção sobre os direitos da criança

³²¹ UNITED NATIONS (Ed.). *Manual on human rights reporting*. p. 427.

³²² PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 92.

³²³ UNITED NATIONS (Ed.). *Manual on human rights reporting*. p. 427.

³²⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 20, § 81.

³²⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 20, § 81.

³²⁶ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 92.

³²⁷ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 35.

consideração³²⁸.

Importa, desse modo, em uma obrigação positiva aos Estados Partes, consistente no dever de introduzir o marco jurídico e os mecanismos necessários para possibilitar a Participação da Criança em todas as matérias que lhe digam respeito, assim como na imperiosidade de que estas manifestações sejam levadas em consideração na tomada de decisão³²⁹.

2.2.2.3 O direito de acesso à informação previsto no artigo 17 e sua relação com o artigo 12

O artigo 17 da Convenção reconhece a importância dos meios de comunicação e estabelece que os Estados Membros devem assegurar à Criança o acesso à informação e materiais provenientes de diversas fontes, nacionais e internacionais, em especial àqueles que tenham como objetivo promover seu bem-estar social, espiritual e moral, assim como a sua saúde física e mental.

Essa disposição reafirma o artigo 13 da Convenção, que garante o direito da Criança buscar, receber e divulgar informações³³⁰. Além disso, está intimamente ligada ao artigo 6, que assegura o direito ao máximo desenvolvimento³³¹ e, segundo o Comitê, constitui uma condição necessária para o exercício do direito de Participação, previsto no artigo 12³³².

Nesse sentido, o Fundo das Nações Unidas para a Infância — UNICEF observa que se a Criança possui um direito a voz, é necessário que também tenha acesso à informação compatível e compreensível para o seu estágio de desenvolvimento³³³.

Com efeito, é por meio da informação que a pessoa se torna habilitada para compreender os assuntos que lhe digam respeito, interagir com seu ambiente e

³²⁸ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 92.

³²⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 20, § 81.

³³⁰ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 95.

³³¹ HODGKIN, Rachel; NEWELL, Peter. *Manual de aplicación de la convención sobre los derechos del niño*, 2004. p. 245.

³³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 21, § 82.

³³³ UNICEF. *The state of the world's children 2003*. Nova Iorque: Unicef, 2002. p. 53.

externar suas opiniões livremente. Assim, uma das consequências mais importantes do acesso à informação é o empoderamento daqueles que a possuem³³⁴. Em vista disso, o UNICEF destaca que

[...] O acesso à informação influencia todo o processo de desenvolvimento protegido pela Convenção; é um fator crítico tanto para o desenvolvimento pessoal da Criança até a idade adulta, bem como para o desenvolvimento social da Criança até a completa integração em sua comunidade.³³⁵

Para alcançar esse objetivo, o Comitê registra que a Criança deve ter acesso à informação, em formato adaptado a idade e capacidade, sobre todas as questões que lhe digam respeito, em especial sobre seus direitos, legislação, ações que as afetem, serviços locais e meios de reclamação e recurso³³⁶.

2.2.2.4 O princípio da não discriminação previsto no artigo 2 e sua relação com o artigo 12

O artigo 2 da Convenção reforça o caráter indivisível e interdependente das disposições do tratado, ao exigir que as provisões e princípios nela contidos sejam garantidos à todas as Crianças, sem discriminação³³⁷.

Em relação ao Direito de Ser Ouvida, o Comitê destaca que o direito a não discriminação gera para os Estados Partes a obrigação de

[...] adotar medidas adequadas para garantir a todas as crianças o direito de expressar livremente suas opiniões e que estas sejam tomadas em consideração, sem discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional, ético ou social posição econômica, impedimentos físicos, nascimento ou qualquer outra condição. [...].³³⁸

³³⁴ UNICEF. *The state of the world's children 2003*. p. 54.

³³⁵ UNICEF. *The state of the world's children 2003*. p. 54. Texto original: “[...] Access to information informs the entire developmental process protected by the Convention and is a critical factor in both the personal development of a child into adulthood, as well as for the social development of that child into full membership in his or her community.” (tradução livre do mestrando).

³³⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 21, § 82.

³³⁷ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 95.

³³⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 19-20, § 75. Texto original: “[...] adoptar las medidas adecuadas para garantizar a todos los niños ele derecho a expresar libremente sus opiniones y a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política e de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier

Com esse objetivo, grupos de Crianças vulneráveis ou marginalizados³³⁹ demandam uma atenção diferenciada, destinada a assegurar que sejam encorajadas e habilitadas a Participar de todos os processos de tomada de decisão que lhes digam respeito, em pé de igualdade com todas as demais.

Em relação a esse aspecto, o órgão de monitoramento manifestou especial preocupação com a existência de práticas tradicionais em algumas sociedades, que acabam por limitar o gozo desse direito e ressaltou a necessidade dos Estados Partes adotarem medidas

[...] para conscientizar e educar a sociedade sobre os efeitos negativos dessas atitudes e práticas, bem como fomentar a mudança de atitude para alcançar a plena observância dos direitos que assistem a todas as Crianças com amparo da Convenção.³⁴⁰

Destaca-se, nesse contexto, a situação das meninas e das Crianças portadoras de deficiência.

No que diz respeito às meninas, estereótipos de gênero e valores patriarcais prejudicam e impõem graves limitações ao pleno exercício do seu direito de expressar sua opinião sobre os assuntos que lhes digam respeito³⁴¹. A propósito dessa discriminação, Lansdown registra que nos contextos familiar, escolar e da sociedade em geral não lhes é dada a oportunidade de expressar suas opiniões; ou quando são ouvidas, suas manifestações possuem menos valor do que àquele dado à opinião de meninos³⁴². Em vista disso, ressalta-se a necessidade de ações dos Estados, destinadas a superar essas barreiras e eliminar a discriminação contra as meninas no exercício do direito de serem ouvidas³⁴³.

No tocante às Crianças com deficiência³⁴⁴, Parkes registra que surgem

otra condición. [...]'. (Tradução livre do mestrando)

³³⁹ Como exemplos, Lansdown indica as meninas, Crianças afetadas pela pobreza ou conflitos armados, Crianças muito novas, Crianças abandonadas, incluídas as institucionalizadas, Crianças portadoras de deficiência ou HIV/AIDS, Crianças refugiadas ou sem Estado, Crianças em conflito com a lei, e Crianças pertencentes a grupos indígenas ou minoritários (LANSDOWN, Gerson. **Every child's right to be heard**. p. 32).

³⁴⁰ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 20, §§ 76.

³⁴¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 20, §§ 77.

³⁴² LANSDOWN, Gerson. **Every child's right to be heard**. p. 32.

³⁴³ LANSDOWN, Gerson. **Every child's right to be heard**. p. 32.

³⁴⁴ Entende-se por pessoa com deficiência aquela que tem “[...] impedimentos de longo prazo de

desafios adicionais para a garantia de Direito de Ser Ouvida em igualdade de condições com as demais³⁴⁵.

Por ocasião do Dia Geral de Discussão havido no dia 6 de outubro de 1997, o Comitê registrou que as Crianças com deficiência sofrem uma dupla discriminação quando se trata do exercício do direito de Participação³⁴⁶.

Com efeito, muitos adultos possuem dificuldade para reconhecer o direito e a capacidade de qualquer Criança para contribuir nos processos de tomada de decisão, situação que é agravada nos casos em que o infante é portador de algum tipo de deficiência³⁴⁷.

Entretanto, o órgão de monitoramento observa a importância de sua Participação em todos os assuntos que lhe digam respeito, destacando, inicialmente, que as decisões produziram resultados mais efetivos e positivos, uma vez que as opiniões, as experiências e o conhecimento da Criança devem ser uma parte importante de qualquer planejamento ou processo de tomada de decisão³⁴⁸.

Além disso, a Participação constitui peça central na aprendizagem de responsabilidade para tomar decisões, para desenvolver a auto-estima e a confiança³⁴⁹.

Por fim, o Comitê enfatiza que negar à Criança o Direito de Ser Ouvida é negar-lhe a Cidadania, “elas se tornam não-pessoas”, circunstância que as torna mais vulneráveis ao abuso, violência e exploração dos adultos, pois não possuem meios de desafiar seus opressores³⁵⁰.

Em vista disso, para que a Criança portadora de Deficiência possa exercer

natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas” (Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, artigo 1).

³⁴⁵ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 95-96.

³⁴⁶ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *Children with Disabilities*. p. 7, § 334. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Documents/Recommandations/disabled.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

³⁴⁷ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *Children with Disabilities*. p. 7, § 334.

³⁴⁸ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *Children with Disabilities*. p. 7-8, § 334.

³⁴⁹ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *Children with Disabilities*. p. 8, § 334.

³⁵⁰ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *Children with Disabilities*. p. 8, § 334.

sem qualquer discriminação o Direito de Ser Ouvida, garantido pelo artigo 12 da Convenção e pelo artigo 7 da Convenção sobre a Pessoa com Deficiência³⁵¹, verifica-se que lhes devem ser disponibilizados assistência e equipamentos necessários para que possam expressar livremente suas opiniões e para que estas possam ser levadas em consideração, em base de igualdade com outras Crianças.

2.2.2.5 O princípio do melhor interesse da criança previsto no artigo 3 e sua relação com o artigo 12

O primeiro parágrafo do artigo 3 da Convenção estabelece que o interesse superior da Criança deverá ser considerado, primordialmente, em todas as ações à ela relacionadas, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos.

Embora considerado um dos princípios estruturantes da Convenção, marco normativo que estabeleceu, no âmbito internacional, a Doutrina das Nações Unidas da Proteção Integral, é importante destacar que o superior interesse da criança não é inovação trazida pelo novo paradigma, pois já constava na Declaração Internacional dos Direitos da Criança, proclamada pela Assembléia Geral da ONU em 1959, sob o signo da Doutrina da Situação Irregular³⁵².

Assim e por se tratar de um princípio de conteúdo indeterminado³⁵³, o

³⁵¹ O artigo 7 da Convenção sobre a Pessoa com Deficiência estabelece: “1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças. 2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial. 3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito”.

³⁵² O segundo princípio elencado pela Declaração estabelecia: “A criança gozará proteção social e serão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta sobretudo, os melhores interesses da criança” (Declaração dos Direitos da Criança...). O princípio constava, ainda do Código de Menores de 1979, que em seu artigo 5º determinava: “Na aplicação desta Lei, a proteção dos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”.

³⁵³ 3 Para Morales existe uma “(...) ambivalência no texto da Convenção, a qual na maioria das vezes que alude ao princípio o incorpora no artigo de forma que relativiza uma afirmação central prévia (...)” (MORALES, Julio Cortés. *Lesbianismo, tuición e interés superior del niño: comentarios a una*

superior interesse da criança tem sido chamado, não raro, de Cavalo de Tróia do direito tutelar de menores dentro do novo direito da infância e da juventude³⁵⁴.

Nesse contexto, assume especial relevância a compreensão do que seja o superior interesse dentro da marco da Proteção Integral, o que é definido por Bruñol como a satisfação integral dos Direitos Fundamentais da Criança reconhecidos na Convenção³⁵⁵.

Para esse fim, assume especial relevância o vínculo entre os artigos 3 e 12 da Convenção, que possuem uma relação de complementariedade³⁵⁶: o primeiro estabelece o objetivo a ser alcançado, que é o superior interesse da Criança³⁵⁷; o segundo define a metodologia para se atingir essa meta, a escuta das opiniões da Criança em todos os assuntos que lhe digam respeito, nestes incluída a avaliação de seu melhor interesse³⁵⁸. Em vista disso, mostra-se imprescindível que a opinião da Criança seja levada em consideração como um dos elementos integrantes de todo processo de decisão voltado à definição de seu melhor interesse³⁵⁹.

Importante ressaltar que em atenção ao princípio do melhor interesse, que tem como objetivo a plena satisfação dos direitos estabelecidos na Convenção, nem

sentencia de la corte suprema de Chile. p. 193. Texto original: "(...) *la ambivalencia del propio texto de la Convención, que la mayoría de las veces que alude al principio lo incorpora en le articulado de forma que relativiza una afirmación central previa (...)*" (tradução livre do mestrando).

³⁵⁴ MORALES, Julio Cortés. *Lesbianismo, tuición e interés superior del niño: comentarios a una sentencia de la corte suprema de Chile*. p. 193.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional**: incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/09. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42-43.

FREEDMAN, Diego. **Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la convención**. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>>. Acesso em 28 out. 2013.

³⁵⁵ BRUÑOL, Miguel Cillero. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos del Niño*, Santiago, v. 9, p. 125-142, ago. 2007. p. 140.

³⁵⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 19, § 74. COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 14 (2013): sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)**. Ginebra. 2013. p. 11, § 43. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/CRC_C_GC_14__7202_S.doc>. Acesso em: 14 out. 2015.

³⁵⁷ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 12 (2009)**. p. 19, § 74.

³⁵⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Observación General n. 14 (2013)**. p. 11, § 43.

³⁵⁹ LANSDOWN, Gerson. **Every child's right to be heard**. p. 32.

sempre a decisão estará de acordo com os desejos manifestados pela Criança. Nesses casos, é imprescindível que a Criança, enquanto ator social dotado do Direito de Ser Ouvida e de Participar de todas as questões que lhe digam respeito, seja informada dos termos da decisão, receba explicação do modo que sua opinião foi levada em consideração e dos motivos pelos quais a decisão diferiu de sua manifestação³⁶⁰.

2.2.2.6 Os direitos à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento previstos no artigo 6 e sua relação com o artigo 12

O artigo 6 da Convenção reconhece o direito da Criança à vida e obriga os Estados Partes a adotar medidas que assegurem, na máxima medida possível, a sua sobrevivência e seu desenvolvimento.

O termo desenvolvimento, no contexto do artigo 6, deve ser interpretado em sentido amplo, conforme registra Thomas Hammarberg³⁶¹, com a dimensão adicional de qualidade de vida. Desse modo, o autor registra que o seu significado deve abranger não apenas a saúde física, como também a saúde mental, o emocional, o cognitivo, o social e o desenvolvimento cultural³⁶².

O artigo 12 é uma disposição de grande relevância para o alcance desse objetivo, uma vez que Participação da Criança constitui um importante instrumento para estimular o desenvolvimento da personalidade e a evolução das capacidades da Criança³⁶³.

Com efeito, a Participação não é apenas um meio pelo qual a Criança pode influenciar os processos de tomada de decisão sobre assuntos que lhe digam respeito. Além disso, constitui uma oportunidade para o desenvolvimento do senso de

³⁶⁰ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 33.

³⁶¹ HAMMARBERG, Thomas. *A School for Children with Rights: The significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child for modern education policy*. Florença: Unicef International Child, 1998. p. 9. (*Inocente Lectures*). Disponível em: <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/il2e.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

³⁶² HAMMARBERG, Thomas. *A School for Children with Rights*. p. 9.

³⁶³ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. *Observación General n. 12 (2009)*. p. 20, § 79.

autonomia, independência, competência social e resiliência³⁶⁴.

Quanto a esse aspecto, vale ressaltar que a Criança necessita de oportunidades para obter a competência e confiança para Participar, pois estas habilidades não são inatas, nem consequências inevitáveis do amadurecimento social, mas desenvolvem-se no decorrer da vida, por meio de experiências concretas³⁶⁵.

Feita esta análise do conteúdo e alcance do artigo 12 da Convenção, cumpre analisar se as disposições procedimentais do Estatuto da Criança e do Adolescente, relativas à perda e à suspensão do Poder Familiar, estão de acordo com a normativa internacional.

³⁶⁴ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 34.

³⁶⁵ LANSDOWN, Gerson. *Every child's right to be heard*. p. 34.

CAPÍTULO 3

A PARTICIPAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO PROCEDIMENTO JUDICIAL DESTINADO À PERDA E À SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

3.1 O DIREITO DE SER OUVIDA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A importância fundamental do artigo 12 como um princípio geral da Convenção terá pouca relevância, a menos que seja efetivamente implementada em nível nacional³⁶⁶.

O Direito de Ser Ouvida não constou na redação original do Estatuto, sendo apenas incorporado ao texto do diploma por meio da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009³⁶⁷, que o inseriu no Capítulo II do Título II da Parte Especial, que trata das medidas de proteção, a seguinte redação:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o

³⁶⁶ PARKES, Aisling. *Children and international human rights law*. p. 93.

³⁶⁷ BRASIL. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.³⁶⁸

Nada obstante, chama a atenção o fato de que o Direito de Ser Ouvida, tido como um dos valores fundamentais da Convenção e imprescindível para a consideração da Criança como sujeito de direitos e ator social, não tenha sido inserido no Título II da Parte Geral do Estatuto, que trata dos Direitos Fundamentais³⁶⁹.

A limitação do Direito de Ser Ouvida a um princípio de orientação para aplicação das medidas protetivas minimiza o alcance do artigo 12 da Convenção, que assegura à Criança o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos que lhe digam respeito e que estas sejam levadas em consideração, de acordo com sua idade e maturidade.

Vale dizer que o Direito de Ser Ouvida não se restringe às medidas aplicáveis à Criança, pois abrange desde questões cotidianas até a formulação de leis e políticas destinadas à Infância³⁷⁰, donde se poderia cogitar, rompendo com a hegemonia adultocêntrica, na Participação ativa da Criança nos Conselhos de Direitos³⁷¹, nos âmbitos municipal, estadual e nacional.

O dispositivo estatutário equivocou-se, ainda, ao restringir o dever de levar em consideração a opinião da Criança apenas aos casos de aplicação das medidas

³⁶⁸“Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada. § 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.”

³⁶⁹ Situação similar ocorre com o princípio do superior interesse da criança, inserido no inciso IV do parágrafo único do artigo 100 do Estatuto.

³⁷⁰ Lansdown observa que muitas políticas governamentais impactam direta ou indiretamente a vida diária das Crianças, muito embora sejam em sua maioria desenvolvidas e entregues ignorando como elas afetarão seu bem estar. A título de ilustração, a autora cita projeto realizado na Inglaterra com Crianças de quatro a cinco anos de idade, as quais produziram um mural representando o ambiente local, como era e como elas gostariam de vê-lo. A pesquisa demonstrou que as Crianças preferiam que as áreas de lazer fossem cobertas por concreto ao invés de grama, pois esta as impossibilitava de visualizar vidros quebrados, excrementos de cachorros e agulhas descartadas por usuários de drogas. (LANSDOWN, Gerison. *Children's participation: A decade of change*. p. 49)

³⁷¹ Segundo Liberati e Cirino, Conselhos de Direitos São órgãos especiais criados pelo Poder Público, nas diferentes esferas, para, sem personalidade jurídica, mas com capacidade pública, atuar de maneira descentralizada na formulação e controle das ações e programas relacionados à infância e à juventude. (LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públis Caio Bessa. **Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93)

de proteção.

Com efeito, nos termos da Convenção, tal obrigação alcança não somente os processos judiciais, como também os procedimentos administrativos, além de todas as situações que impliquem na tomada de decisões sobre questões que digam respeito à Criança. Desse modo, obriga, a título de exemplo, pais, professores, conselheiros tutelares, juízes, legisladores e gestores públicos a darem a devida consideração à opinião manifestada pelas Crianças.

Assim, percebe-se que a disposição contida do Estatuto não alcança a dimensão do direito assegurado às Crianças pelo artigo 12 da Convenção.

Nesse ponto, para fins de analisar a abrangência do Direito de Ser Ouvida no direito brasileiro, recorre-se a Norberto Bobbio, para quem o ordenamento jurídico “[...] constitui um sistema porque não podem existir nele *normas incompatíveis*.”³⁷². Considerando a existência de normas superiores e inferiores, o autor destaca que o ordenamento jurídico possui uma estrutura hierárquica³⁷³. Como consequência dessa hierarquia normativa, Bobbio pontua que

[...] as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.³⁷⁴

Destarte, considerando o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que a ausência de referência ao Direito de Ser Ouvida na redação original do Estatuto, ou sua inclusão mitigada no diploma, como decorreu da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, não tem o condão de restringir o direito assegurado no artigo 12 da Convenção.

³⁷² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Claudio De Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 80. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. (grifo no original)

³⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 49.

³⁷⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. p. 93.

Nesse contexto, considerando o caráter procedimental do Direito de Ser Ouvida, assume relevante importância a análise do procedimento judicial de perda e de suspensão do Poder Familiar previsto no Estatuto, a fim de verificar se está em consonância com o reconhecimento da criança e do adolescente como sujeito de direitos, bem como com os preceitos e da Convenção relativos ao direito de Participação.

Para tal fim, cumpre realizar, inicialmente, uma digressão a respeito do conteúdo dos princípios processuais constitucionais que versam a respeito da Participação nos processos, notadamente o devido processo legal, com ênfase para seus consectários, o contraditório e a ampla defesa.

3.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS À PARTICIPAÇÃO

3.2.1 O princípio do devido processo legal

De acordo com a CRFB/88, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV), também denominado *due process of law*.

Segundo Alexandre de Moraes³⁷⁵, a inclusão da proteção aos bens constituiu uma inovação da Carta de 1988, que ampliou o alcance do preceito para além da esfera penal. Desse modo, pertinente a observação de Julio B. J. Maier, no sentido de que o princípio abrange todos os âmbitos do processo e destina-se à proteção de todos os atributos da pessoa humana (vida, liberdade, patrimônio etc.) suscetíveis de serem controlados ou prejudicados por uma decisão estatal³⁷⁶.

A cláusula, segundo a lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, pode ser compreendida como “[...] o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o

³⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 326.

³⁷⁶ MAIER, Julio B. J. *Los niños como titulares del derecho al debido proceso*. **Justicia y Derechos del Niño**, Buenos Aires, n. 2, p. 9-18, nov. 2000. p. 9.

exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.”³⁷⁷.

Em uma visão restritiva, Rui Portanova adverte que o devido processo legal pode confundir-se com o princípio da legalidade³⁷⁸. Com efeito, Cândido Rangel Dinamarco³⁷⁹ registra que o ato a ser pronunciado pela autoridade estatal, no caso o provimento jurisdicional, é legitimado pelo procedimento realizado segundo os ditames do direito. Entretanto, é preciso considerar que o devido processo legal não se circunscreve a uma simples garantia de legalidade³⁸⁰.

A cláusula constitui também uma garantia do cidadão em relação ao possível arbítrio do Estado³⁸¹. Por tal motivo, é considerada um dos pilares democráticos do Estado de Direito, uma vez que estabelece um sistema de limitações ao poder, contra restrições arbitrárias à vida, à liberdade e à propriedade³⁸².

Importante salientar que o princípio não diz respeito apenas à tutela processual, conforme assinala Nelson Nery Júnior, que registra a existência de duas acepções para preceito: o devido processo legal em sentido material (*substantive due process*) e o devido processo em sentido processual (*procedural due process*)³⁸³.

O devido processo legal em sentido substantivo, que diz respeito ao direito material³⁸⁴, teve origem em decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana e consiste na “[...] imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*.”³⁸⁵. Por

³⁷⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 78.

³⁷⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145.

³⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 121-122.

³⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 127.

³⁸¹ HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 88. (Coleção Ensaio de Processos Civil).

³⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**: tomo I. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 125.

³⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, volume 21). p. 37.

³⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. p. 37.

³⁸⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. p. 39.

consequente, os atos normativos, legislativos ou administrativos, que ferirem os Direitos Fundamentais estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário³⁸⁶, por violação da cláusula do devido processo legal.

O devido processo legal em sentido processual, de significado mais restrito, está ligado à tutela de direitos por meio do processo judicial ou administrativo³⁸⁷. Segundo Nery Júnior, consiste na “[...] possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.”³⁸⁸.

Nessa acepção, o devido processo legal caracteriza-se por ser aquilo que Dinamarco³⁸⁹ denomina de uma garantia de justiça, consistente no direito ao processo, ou seja, no

[...] direito a um processo *justo e equo*, conduzido pelo juiz natural, com imparcialidade, mediante paridade de armas e ampla participação de todos os sujeitos - e tudo segundo os cânones arraigados na Constituição mediante os elementos da tutela que esta oferece ao sistema processual (*tutela constitucional do processo*).³⁹⁰

Visto dessa forma, o devido processo legal constitui um princípio informativo de todos os princípios ligados ao processo e ao procedimento³⁹¹, sendo completado por outros dispositivos também previstos no artigo 5º da CRFB/88, como o direito de petição aos poderes públicos (inciso XXXIV), a não exclusão da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV), o juiz natural (inciso XXXVII) e o contraditório e a ampla defesa (inciso LV)³⁹².

O contraditório e a ampla defesa, no dizer de Moraes³⁹³, constituem corolários do devido processo legal, assegurados aos litigantes em processo judicial criminal e civil, bem como nos procedimentos administrativos (artigo 5º, inciso LV, da CRFB/88).

³⁸⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. p. 39.

³⁸⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. p. 37.

³⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. p. 42.

³⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 128.

³⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. p. 177.

³⁹¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 147.

³⁹² PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. p. 146.

³⁹³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. p. 327.

Contudo, para a legitimação das decisões jurisdicionais, não basta que sejam observados os princípios constitucionais processuais, pois se o processo é um instrumento que serve ao direito material, perderá sua legitimidade caso venha a realizar um direito discriminador ou desatento aos valores do Estado Democrático de Direito³⁹⁴. Em vista disso, o ato de poder resultante do processo jurisdicional, para ser legítimo, deve ser fruto de um procedimento que não só permita a Participação em contraditório, como também esteja de acordo com a cláusula do devido processo legal em sua acepção substantiva³⁹⁵.

3.2.2 O princípio do contraditório

O princípio do contraditório, também conhecido como princípio da audiência bilateral, está assegurado no artigo 5º, inciso LV, da CRFB/88, e representa, nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes, um princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional³⁹⁶.

Para Pedro Manoel Abreu, trata-se de um dos mais importantes princípios gerais do processo jurisdicional, de cunho eminentemente participativo, sendo o sustentáculo da atividade dialética na produção das alegações e das provas, essencial para o acesso à justiça³⁹⁷.

O contraditório apresenta-se sob dois enfoques, um jurídico e outro político³⁹⁸.

O aspecto jurídico, denominado por Rui Portanova como lógico³⁹⁹, diz respeito à bilateralidade de todos os atos e termos do processo, ou seja, à garantia da possibilidade das partes envolvidas no procedimento se manifestarem sobre os

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 249.

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. p. 249-250.

³⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 56.

³⁹⁷ ABREU, Pedro Manoel. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia pelo viés da participação. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direitos e processo**: Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 787.

³⁹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 59.

³⁹⁹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. p. 161.

mesmos⁴⁰⁰.

No âmbito jurídico, Fredie Didier Júnior, observa que o contraditório pode ser dividido, ainda, em dois enfoques, o formal e o substancial⁴⁰¹. O aspecto formal consiste na possibilidade de Participação, ou seja, na garantia da parte ser ouvida, comunicada e poder falar no processo. Entretanto, o contraditório não se consolida com a mera Participação da parte. Mais do que isso, é necessário que esta Participação seja efetiva e tenha a possibilidade de influenciar o conteúdo da decisão, este é o seu aspecto substancial.

Nessa linha, o princípio do contraditório permite que a parte apresente fundamentação e produza provas visando colaborar na construção do provimento jurisdicional ou administrativo, influenciando o julgador segundo seus interesses⁴⁰².

A Participação deve ser de tal forma que permita a manifestação das partes sobre todas as questões a serem decididas, de modo a se evitar surpresa e com o intuito de preservar o equilíbrio entre os interessados⁴⁰³.

O contraditório, mais do que um poder de influência da parte, é um instrumento de colaboração com a persecução da justiça. Colaborar no sentido de que a parte tenha a oportunidade de contribuir na formulação da decisão, trazendo ao processo e municiando o julgador com elementos de sua percepção sobre a questão. Trata-se, segundo Marinoni⁴⁰⁴, não da defesa em sentido negativo, mas de uma defesa colaborativa para que a decisão seja o mais justa possível.

Intimamente relacionado com o princípio do contraditório, tem-se o princípio da igualdade (substancial) das partes na relação processual, uma vez que o contraditório é um instrumento também de supressão, ou, ao menos, redução, das desigualdades tanto jurídicas quanto de fato, entre as partes do processo.

Desse modo, para que o contraditório não se torne apenas uma formal e

⁴⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. p. 59.

⁴⁰¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, volume 1. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 57.

⁴⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. p. 122.

⁴⁰³ HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição**. p. 89.

⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. p. 258.

retórica igualdade das partes, é necessário que o magistrado explicita na decisão as origens e os motivos que fundamentaram o seu entendimento, demonstrando os critérios adotados na avaliação das provas e nas considerações apresentadas pelas partes⁴⁰⁵.

Em seu viés político, o contraditório constitui o meio de legitimação do poder estatal manifestado por meio da atividade jurisdicional ou administrativa.

Conforme Alexandre Freitas Câmara⁴⁰⁶, em um Estado Democrático de Direito todas as manifestações do exercício do poder, inclusive a função jurisdicional, devem ser não apenas legais, mas também legítimas.

O processo projeta seus efeitos no patrimônio jurídico de (pelo menos) duas partes, não sendo desejável que pudesse prosseguir sem que na relação processual estivessem presentes os destinatários do provimento⁴⁰⁷.

Assim, a legitimação do poder jurisdicional tem como pressuposto a Participação de ambas as partes⁴⁰⁸, pois a ordem constitucional nega legitimidade às decisões proferidas sem que seus destinatários possam Participar de sua preparação⁴⁰⁹, utilizando dos meios jurídicos de que disponham⁴¹⁰, devendo ser qualificado como arbitrário o poder exercido nessas condições⁴¹¹.

A importância da Participação dos envolvidos na demanda, decorre do fato de que estes são os sujeitos mais aptos a fazê-lo, conforme registra Dinamarco⁴¹², porquanto conhecem melhor os fatos relevantes e os meios de prova mais adequados e disponíveis para cada caso.

Além disso, em seu viés político, o princípio do contraditório implica em um processo que reflète as bases da democracia, isto é, “[...] o *microcosmo democrático*

⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil, volume 1). p. 465.

⁴⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. p. 59-60.

⁴⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 19.

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 317.

⁴⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. p. 130.

⁴¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. p. 122.

⁴¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 128-129.

⁴¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. p. 125.

do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade Participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.”⁴¹³.

Como corolário do princípio do contraditório, tem-se o princípio da ampla defesa, que será objeto do próximo tópico.

3.2.3 O princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da CRFB/88, decorre diretamente do princípio do contraditório, é compreendido como a possibilidade da parte indicar fatos e todas as provas plausíveis para a defesa de seus direitos, ressalvadas as consideradas ilícitas ou ilegítimas⁴¹⁴.

Embora se trate de um consectário do contraditório, a ampla defesa possui características próprias. Enquanto o contraditório é a exteriorização da ampla defesa e impõe a direção dialética do processo, o princípio em voga é entendido como uma garantia de condições ao réu para juntar ao processo os elementos voltados à elucidar a verdade segundo sua perspectiva, ou, se assim entender, não se defender⁴¹⁵.

O princípio da ampla defesa dever ter a interpretação mais abrangente possível. É imprescindível que a defesa seja irrestrita, o que se obtém por meio da concessão à parte da liberdade de apresentar alegações e produzir provas, não sendo suficiente, para tanto, a mera escuta⁴¹⁶.

O exercício da ampla defesa constitui um instrumento de equilíbrio em relação ao poder do Estado, de modo que este deve atuar positivamente, visando que todas as pessoas, até mesmo aquelas por si sós impossibilitadas, possam decidir por uma defesa oportuna e adequada⁴¹⁷. Cuida-se, inclusive, de um interesse do próprio Estado-Juiz, pois, como adverte Rui Portanova, “Não há como negar o desconforto de

⁴¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 25.

⁴¹⁴ HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição**. p. 90.

⁴¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. p. 327.

⁴¹⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. p. 127.

⁴¹⁷ PINTO, Gimol. *La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño: Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: los casos de la Argentina y México. **Justicia y Derechos del Niño***, Buenos Aires, v. 0, n. 3, p.127-142, dez. 2001. p. 57.

trabalhar-se com um processo onde não há defesa efetiva e plena.”⁴¹⁸.

A ampla defesa possui dois aspectos: a autodefesa, defesa material, ou direito de ser ouvido; defesa técnica, ou o direito a uma assistência jurídica especializada.

A defesa material abrange a faculdade de ser ouvido pessoalmente, alcançando a possibilidade de se expressar livremente sobre os fatos, acrescentar circunstâncias que possam evitar ou minorar a consequência jurídica decorrente do pedido⁴¹⁹. Nessa linha, Patricio Millán e Luiz Villavicencio afirmam:

A autodefesa é o direito que tem as partes em um processo para intervir de forma pessoal e direta nas diferentes etapas do mesmo, sem a necessidade da representação por meio de um defensor técnico. Trata-se, simplesmente, do direito de ser ouvido ou o direito de audiência em cada passo do processo.⁴²⁰

A defesa técnica, por sua vez, complementa a defesa material por meio de conhecimentos técnicos específicos para enfrentar o processo. Isso se dá por intermédio da assistência de um advogado especializado no assunto, preservando-se a igualdade de condições com relação à parte autora. O defensor não é apenas um assistente técnico, é um verdadeiro sujeito do procedimento⁴²¹. Trata-se de um profissional com conhecimentos específicos para adotar as medidas necessárias a fim de tornar efetiva a plena defesa⁴²².

Pode-se dizer que o advogado é a boca por meio da qual a parte fala no processo. Desse modo, consoante Millán e Villavicencio⁴²³, seu objetivo no processo

⁴¹⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. p. 126.

⁴¹⁹ PINTO, Gimol. *La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño*. p.131.

⁴²⁰ MILLÁN, Patricio; VILLAVICENCIO, Luis. *La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección*. **Revista del Derechos del Niño**, Santiago, n. 1, p. 41-91, out. 2002. p. 59. Texto original: “*La autodefensa es el derecho que tienen las partes en un proceso para intervenir en forma personal y directa en las diferentes etapas del mismo, sin la necesidad de la representación por medio de un defensor técnico. Se trata, simplemente del derecho a ser oído o el derecho de audiencia en cada una de las actuaciones a que da lugar un proceso.*” (Tradução livre do mestrando).

⁴²¹ PINTO, Gimol. *La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño*. p.131.

⁴²² MILLÁN, Patricio; VILLAVICENCIO, Luis. *La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección*. p. 59.

⁴²³ MILLÁN, Patricio; VILLAVICENCIO, Luis. *La representación de niños, niñas y adolescentes en los*

é representar exclusivamente os interesses do outorgante. Sua atuação deve estar pautada nos deveres de lealdade e confidencialidade⁴²⁴, o que pressupõe a possibilidade de a parte indicar um advogado de sua confiança, ou de contar com uma assistência gratuita, nos casos em que não possa buscar, por si mesma, um defensor letrado⁴²⁵.

3.3 DO OBJETO DE PROTEÇÃO AO SUJEITO PROCESSUAL

3.3.1 O sujeito processual

Tradicionalmente, entende-se por parte “[...] aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.”⁴²⁶. Esse conceito, em que pese correto, traz como parte apenas autor e réu, não sendo suficiente para explicar todas as questões relevantes sobre o tema, o que se justifica por se tratar de uma definição limitada às partes da demanda⁴²⁷.

Diferentemente, o conceito de partes do processo é bem mais amplo e com aquele não se confunde. Desse modo, ao lado das partes da demanda, que são também partes do processo, podem entrar na relação processual outras pessoas, como é o caso, por exemplo, do assistente, que, apesar de não integrar a demanda, é parte do processo. Assim, segundo Didier:

Parte processual é aquele que está na relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma consequência com a decisão final. Esse é o conceito que deve ser utilizado. A parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado), que é a parte principal, ou a parte auxiliar, coadjuvante, que, embora não formule pedido, ou não tenha contra si pedido formulado, é sujeito parcial do contraditório e, pois, parte. É o caso da

procedimientos para la adopción de medidas de protección. p. 59.

⁴²⁴ MILLÁN, Patricio; VILLAVICENCIO, Luis. *La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección*. p. 89.

⁴²⁵ MILLÁN, Patricio; VILLAVICENCIO, Luis. *La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección*. p. 59.

⁴²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 768. Título original: *Istituzioni di diritto processuale civile*. Tradução do original italiano 2 ed. Tradutor: Paolo Capitnario. (Com grifos no original).

⁴²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. p. 178.

assistência simples, por exemplo.⁴²⁸

Conforme Dinamarco⁴²⁹, os conceitos de parte na demanda e parte na relação jurídica processual fundam-se na teoria do processo e afastam-se do conceito de parte material, que é o sujeito da relação jurídica controvertida. A parte material pode ser, ou não, parte processual, uma vez que, em algumas hipóteses, o ordenamento jurídico confere legitimidade para alguém pleitear, em nome próprio, interesse alheio. Logo, é possível que alguém seja parte mesmo não sendo o titular da relação jurídica controvertida, caso de legitimidade extraordinária ou substituição processual⁴³⁰.

Prosseguindo, parte legítima é compreendida como aquela que possui autorização para discutir em juízo dada relação jurídica. Aquela que, no entanto, embora esteja em juízo, mas não possua autorização para tal, é a parte ilegítima⁴³¹.

Considerando a instrumentalidade dos institutos processuais ao direito material, Dinamarco⁴³² registra a existência de conexão entre os conceitos de parte legítima e de parte de direito material, na linha de que, ressalvados casos excepcionais (legitimidade extraordinária ou substituição processual), possuirão legitimidade ativa e passiva para o processo todas aquelas pessoas que sejam titulares da situação jurídica material controvertida.

Para que uma pessoa alcance a condição de parte, Dinamarco⁴³³ registra a existência de quatro meios: a) pela demanda; b) pela citação; c) pela sucessão; e d) pela intervenção voluntária.

Nesse contexto, nos casos em que a parte em sentido substancial não coincidir com a parte em sentido processual, será considerada apenas um terceiro. Terceiros são todos aqueles que não ingressaram na demanda por nenhuma das

⁴²⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. p. 178.

⁴²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. p. 24.

⁴³⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. p. 179.

⁴³¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. p. 179.

⁴³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. p. 25.

⁴³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. p. 22.

quatro formas acima referidas⁴³⁴.

Na qualidade de terceiro, a pessoa não possui

“[...] a titularidade das situações processuais ativas e passivas, integrantes da relação jurídica processual, que caracterizam e dão corpo a essa qualidade. O terceiro não tem poderes, faculdades, ônus no processo, nem está tolhido pelos *deveres processuais* inerentes à condição de parte.⁴³⁵

Por consequência, o terceiro não está jungido ao poder do Estado-juiz, não sendo lícito sofrer os efeitos dos atos processuais, notadamente da sentença de mérito, o que exclui sua vinculação com a coisa julgada material, conforme artigo 472 do Código de Processo Civil⁴³⁶.

Feita essa análise, cumpre investigar o papel da criança e do adolescente nas relações processuais à luz da CRFB/88 e da Convenção.

3.3.2 A criança e o adolescente como sujeitos processuais

O reconhecimento da Cidadania da Infância, assim como o surgimento de um novo direito, pautado na ordem constitucional e na normativa internacional de direitos humanos, demanda um novo olhar sobre a criança e o adolescente em suas relações com o mundo adulto, bem como, nas palavras de Méndez⁴³⁷, uma profunda renovação na atuação dos operadores jurídicos.

No âmbito jurídico, Gimol⁴³⁸ enfatiza que o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas titulares de direitos próprios, sujeitos ativos e com capacidade para o seu exercício, constituiu uma das maiores transformações operadas pela Convenção a respeito da Infância.

Como visto anteriormente, o Direito do Menor, orientado pela lógica da incapacidade – entendida como a falta dos requisitos indispensáveis para que uma

⁴³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. p. 25-26.

⁴³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. p. 26.

⁴³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. p. 26.

⁴³⁷ MÉNDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia, uma questão de justiça, p. 31.

⁴³⁸ PINTO, Gimol. *La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño*. p. 129.

pessoa possa exercer seus direitos⁴³⁹ –, dirigia-se à criança e ao adolescente indagando por aquilo que ela não era, pelo que não sabia, pelo que não tinha e pelo que não era capaz.

Nesse norte, justificava-se uma proteção reflexa dos direitos da criança e do adolescente⁴⁴⁰, por intermédio da tutela do mundo adulto. A defesa dos interesses daqueles, por estarem impossibilitados de exercer pessoalmente seus direitos, era compreendida como um direito dos pais ou do Estado⁴⁴¹. Conforme afirma Garrido de Paula:

Seus interesses confundiam-se com o interesse dos adultos, como se fossem elementos de uma simbiose onde os benefícios da união estariam contemplados pela proteção jurídica destes últimos. Figuravam, em regra, como meros objetos da intervenção do mundo adulto.⁴⁴²

A nova ordem jurídica inverteu esse modo de compreender a criança e o adolescente, que passaram a ser percebidos como sujeitos de sua história. A questão, agora, é indagar o que eles são, o que eles sabem, o que eles têm e do que eles são capazes.

Desse modo, o advento da Cidadania da Infância rompeu com o paradigma da proteção reflexa dos direitos da criança e do adolescente, impondo a releitura da questão à luz da nova concepção a respeito da ideia de capacidade⁴⁴³. No Brasil, apenas com a CRFB/88 foi reconhecida

[...] a possibilidade de crianças e adolescentes participarem direta e amplamente de relações jurídicas com o mundo adulto, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos. Foram concebidos, finalmente, como sujeitos de direitos, capazes para o exercício pessoal de direitos relacionados ao desenvolvimento saudável e de garantias relacionadas à integridade. [...] reconheceu a existência de relações subordinantes entre crianças e adolescentes, de um lado, e

⁴³⁹ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. p. 13.

⁴⁴⁰ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. p. 12.

⁴⁴¹ PINTO, Gimol. *La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño*. p. 140.

⁴⁴² PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. p. 11.

⁴⁴³ MARINQUE, Ricardo C. Pérez. *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*. p. 268.

família, sociedade e Estado, de outro.⁴⁴⁴

O artigo 12, parágrafo 2, da Convenção enfatiza essa nova concepção de Infância, ao garantir à criança e ao adolescente o direito de Participarem diretamente, enquanto sujeitos ativos, em todas as relações processuais que envolvam seus interesses.

Nesse quadrante, toda decisão que restrinja os direitos previstos constitucionalmente, cujo destinatário seja uma pessoa humana, exige a observância do devido processo legal. Sendo a Criança uma pessoa humana, necessária à aplicação desse princípio nos casos em que se discute a limitação de seus direitos, seja qual for a justificativa sobre a qual se dê essa restrição⁴⁴⁵.

Por conseguinte, a atuação jurisdicional somente será considerada democrática, legítima, equilibrada e igualitária quando atentamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Diverso não pode ser o raciocínio nos procedimentos relacionados à Infância. Por isso, imprescindível que se garanta o direito da criança e do adolescente Participarem nos procedimentos que lhes digam respeito.

Ainda, sob a perspectiva do artigo 12, parágrafo 2, da Convenção, inviável a prolação de decisões judiciais envolvendo crianças e adolescentes que excluam a possibilidade de sua Participação efetiva, com a possibilidade de influenciar no resultado.

Ademais, não se pode olvidar que os procedimentos relacionados à Infância têm como objetivo a verificação da providência que melhor atenda aos interesses da criança e do adolescente, conforme disposição expressa do artigo 3 da Convenção.

Conforme Ricardo C. Pérez Marinque⁴⁴⁶, a Criança é um protagonista insubstituível nos procedimentos destinados à determinação da medida que melhor

⁴⁴⁴ PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. p. 20.

⁴⁴⁵ MAIER, Julio B. J. *Los niños como titulares del derecho al debido proceso*. p. 12.

⁴⁴⁶ MARINQUE, Ricardo C. Pérez. *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*. p. 250/252.

atenda aos seus interesses, sendo imprescindível, para tanto, que suas opiniões sejam levadas em consideração. Ressalta-se que a opinião da criança e do adolescente deve ter um valor especial na formulação da decisão. Do contrário, a invocação de seu interesse superior para embasar decisões não será mais do que um ato puramente paternalista.

O artigo 12, parágrafo 2, da Convenção, assegura à Criança não apenas o Direito de Ser Ouvida, ou de expressar suas opiniões em todo o procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito. Implica, também, no direito de ser parte no processo, de Participar na construção do provimento final, formular alegações, produzir provas e na proteção contra a ausência de defesa⁴⁴⁷, influenciando ativamente na construção da decisão. Trata-se, assim, do reconhecimento expresso do direito à Participação em contraditório, considerado não só em seu aspecto formal, mas também no substancial.

Para tanto, é imprescindível que conste como um dos elementos da fundamentação das decisões envolvendo crianças e adolescentes, a consideração dada pelo julgador à opinião manifestada, com especificação quanto ao acatamento, ou não, da vontade declarada. Em caso negativo, é necessário, ainda, que sejam indicadas as razões que sustentaram tal desfecho.

Além disso, a plena consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, aptos a Participar em contraditório, impõe que eles sejam cientificados pessoalmente, em linguagem adaptada, quanto aos termos da decisão, podendo, caso assim desejarem, recorrer. Ao revés, adverte Marínque⁴⁴⁸, o Direito de Ser Ouvida se converteria em um simples formalismo, pois tal direito implica também no direito de obter resposta a respeito da consideração cabal da opinião externada.

Agregue-se que, como pressuposto para a garantia da Participação útil de crianças e adolescentes em procedimentos judiciais ou administrativos, inegavelmente complexos, revela-se insuficiente a autodefesa, sendo fundamental

⁴⁴⁷ MARINQUE, Ricardo C. Pérez. *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*. p. 252.

⁴⁴⁸ MARINQUE, Ricardo C. Pérez. *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*. p. 265.

que se garanta, também, a defesa técnica por meio de advogado.

Do contrário, o direito das crianças e dos adolescentes de Participarem dos procedimentos, com observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e do Direito de Ser Ouvida, resultaria em letra morta da lei. Quando se afirma que nos procedimentos relativos à Infância devem ser garantidos tais direitos, não se está jogando palavras ao vento.

Com efeito, o reconhecimento da criança e do adolescente como pessoas em processo de desenvolvimento (artigo 6º do ECA), circunstância que os diferenciam dos adultos, não pode ser interpretado em seu desfavor. Contrariamente, essa distinção significa que, além de gozar de todos os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa humana (artigo 3º do ECA), a criança e o adolescente são titulares de mais direitos devido a suas peculiaridades, tais como a primazia de receber proteção e socorre em quaisquer circunstâncias e a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública (artigo 4º, parágrafo único, letras “a” e “b”, do ECA), o direito de brincar (artigo 16, inciso IV, do ECA), o direito à convivência familiar e comunitária e o direito de ser criado em ambiente livre de presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (artigo 19 do ECA).

Por consequência, com o reconhecimento de direitos, surge a obrigação de disponibilização dos instrumentos necessários e adequados ao seu pleno exercício (artigo 4 da Convenção).

Deve-se ressaltar que o nível de Participação da criança e do adolescente nos procedimentos judiciais e administrativos varia de acordo com a evolução de sua capacidade, em conformidade com sua idade e maturidade, o que deve ser avaliado caso-a-caso.

Assim, rompendo com a tradição napoleônica de incapacidade das pessoas menores, dividida em incapacidade absoluta e incapacidade relativa, a Convenção, em seu artigo 5, estabeleceu um modelo gradualista de desenvolvimento da autonomia. Com isso, resolveu o paradoxo existente entre o reconhecimento da Criança como sujeito de direitos, apta a exercê-los por si mesma, e a falta de

autonomia plena estabelecida pelos ordenamentos jurídicos.

Destarte, nos casos em que a criança e o adolescente estiverem aptos para o exercício de seus direitos, mostra-se necessária a defesa técnica por meio de advogado, pautado nos deveres de lealdade e confidencialidade. Segundo Couso⁴⁴⁹, esse operador jurídico tem como função fazer chegar ao responsável pela tomada da decisão a opinião, os interesses, os desejos e sentimentos manifestados pelo infante, sem nenhuma distorção.

Nas hipóteses em que a criança e o adolescente não puderem, ou não desejarem manifestar claramente seu interesse ou preferência, ou nos quais o interesse expressado constituir proibição legal, ou ainda, em que, na concepção do patrono, seja claramente prejudicial ao infante, o advogado deverá atuar como um curador especial, ou requerer a designação de um para atuar paralelamente⁴⁵⁰.

Salienta-se que a designação de curador especial deve constituir providência excepcional, uma vez que sua atuação é insuficiente para assegurar a efetiva Participação da criança e do adolescente no procedimento.

Essa constatação repousa no fato de que o curador especial, ao contrário do advogado, substitui o curatelado, atuando em nome próprio⁴⁵¹, sem obrigações de lealdade e confidencialidade. Pode, assim, falar no processo sem ouvir o curatelado, ou, distorcer a fala deste, inserindo, no lugar dos desejos e sentimentos por ele expressos, sua própria leitura do que é mais conveniente segundo sua noção de interesse superior da criança e do adolescente⁴⁵².

Observada a nova condição reservada à criança e ao adolescente nas relações processuais, cabe avaliar a posição que lhes é outorgada pelo ECA nos

⁴⁴⁹ COUSO, Jaime. *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia: interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*. p. 159-160.

⁴⁵⁰ COUSO, Jaime. *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia: interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*. p. 160.

⁴⁵¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 5 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 63

⁴⁵² COUSO, Jaime. *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia: interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído*. p. 159.

MARINQUE, Ricardo C. Pérez. *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*. p. 254.

procedimentos de perda e de suspensão do Poder Familiar.

3.4 O PAPEL RESERVADO PELO ECA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE NA AÇÃO DE PERDA E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

Antes de abordar o papel reservado à criança e o adolescente no procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar, mister averiguar os delineamentos gerais a respeito do assunto.

O Poder Familiar é compreendido como “[...] o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto.”⁴⁵³.

O exercício do Poder Familiar implica em obrigações aos pais⁴⁵⁴, que podem ensejar, no caso de descumprimento injustificado, sua suspensão ou perda.

Nos termos do artigo 1.637 do Código Civil⁴⁵⁵, o Poder Familiar é passível de suspensão para a salvaguarda da segurança do menor e seus haveres, quando os pais abusarem de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos.

O parágrafo único do referido dispositivo determina, ainda, a suspensão do

⁴⁵³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. v. 5. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 437.

⁴⁵⁴ O artigo 1.634 do Código Civil estabelece que compete aos pais, em relação aos filhos, as seguintes obrigações: Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: “I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”.

O artigo 22 do ECA, por sua vez, estabelece que: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”.

⁴⁵⁵ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

Poder Familiar do pai ou da mãe em caso de condenação por sentença irrecorrível, em decorrência de crime cuja pena seja superior a dois anos de prisão.

Por outro lado, a destituição do Poder Familiar tem lugar nos casos previstos no artigo 1.638 do Código Civil (castigo imoderado, abandono, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, bem como e a reiteração de abuso de autoridade, de falta aos deveres ou arruinamento dos bens dos filhos), ou nas hipóteses de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações previstos no artigo 22 do ECA (dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores).

A perda e a suspensão do Poder Familiar constituem as mais gravosas medidas passíveis de serem aplicadas pela autoridade judiciária aos pais, uma vez que acarreta a severa restrição ao exercício, ou a extinção, da autoridade parental.

Ressalta-se que, além dos efeitos sobre os pais, a perda e a suspensão do Poder Familiar interferem diretamente na esfera dos direitos da criança e do adolescente, porquanto limita ou suprime seu direito de ser criado e educado no seio de sua família natural, consagrado no artigo 227 da CRFB/88 e no artigo 19 do ECA.

Referidos dispositivos asseguram à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária, Direito Fundamental⁴⁵⁶ fulcrado na dignidade da pessoa humana, pois diretamente relacionado ao direito ao pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade.

Vale destacar que, nos termos do artigo 19 do ECA, apenas excepcionalmente a criança e o adolescente poderão ser afastados do seio de sua família, ou encaminhados para uma família substituta, em qualquer de suas modalidades: guarda, tutela e adoção (artigo 28 do ECA).

O ECA faz uma distinção entre família natural, compreendida como “[...] a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” (artigo 25, *caput*), e família extensa ou ampliada, entendida como “[...] aquela que se estende

⁴⁵⁶ O artigo 19 do ECA está inserido no Capítulo III, que trata do direito à convivência familiar e comunitária, que, por sua vez, está contido no Título II, que versa sobre os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente.

para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.” (artigo 25, parágrafo único).

Essa diferenciação deixa clara a prioridade da criança e do adolescente de serem criados e educados pela família natural, pois o encaminhamento para a família extensa ou ampliada somente pode ser realizado por meio de uma das formas de colocação em família substituta, inserindo-se na excepcionalidade prevista no artigo 19.

Como visto, o descumprimento injustificado dos deveres inerentes à autoridade parental pode dar ensejo à deflagração da ação de perda ou de suspensão do Poder Familiar, regulamentada nos artigos 155 a 163 do ECA.

O procedimento tem início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse (artigo 155), em face do pai e/ou da mãe, o(s) qual(is) será(ão) citado(s) para oferecer resposta escrita no prazo de 10 (dez) dias (artigo 158, *caput*).

Demonstrando preocupação com a efetiva Participação do(s) requerido(s) no procedimento, o ECA enfatiza a necessidade de que sejam exauridos todos os meios para a citação pessoal (artigo 158, parágrafo único), assegurando-lhes, ainda, o acesso à defesa técnica por meio de defensor dativo em caso de hipossuficiência financeira (artigo 159).

No tocante à instrução, o ECA estabelece procedimentos distintos para o caso de apresentação, ou não, de contestação.

Na hipótese de ausência de resposta, após manifestação do Ministério Público, nos casos em que este atua como *custos legis* (artigo 161, *caput*), a autoridade judiciária **determinará** a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional, assim como designará audiência para inquirição de testemunhas (artigo 161, parágrafo 1º).

Ainda no caso de não apresentação de resposta, o ECA determina que é

obrigatória a escuta dos pais quando forem identificados e estiverem em local conhecido (artigo 161, parágrafo 4º).

Em relação à Participação da criança e do adolescente no procedimento, o artigo 161, parágrafo 3º, estabelece que “Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida.”.

Havendo contestação, após manifestação do Ministério Público nos casos em que este atua como fiscal da lei, a autoridade judiciária designará desde logo audiência de instrução e julgamento (artigo 162, *caput*). De ofício, ou mediante requerimento de qualquer das partes ou do Ministério Público, o juiz **poderá** determinar a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional (artigo 162, parágrafo 1º). Na audiência serão ouvidas as testemunhas, colhido o parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito, e apresentadas as alegações finais pelas partes e pelo Ministério Público, seguidas da prolação de sentença (artigo 162, parágrafo 2º).

Como se observa, no caso de apresentação de resposta, o ECA não estabelece a obrigação de oitiva do(s) requerido(s), tampouco da criança e do adolescente, mesmo nos casos em que o pedido importar a modificação da guarda.

Pelo que se constata, nos moldes em que estabelecido o procedimento no ECA, tanto nos casos de apresentação quanto na ausência de contestação, a criança e o adolescente, embora titulares da relação jurídica de direito material controvertida, não integram a relação processual nas ações de perda e de suspensão do Poder Familiar, apesar de sofrerem os efeitos do provimento jurisdicional.

A criança e o adolescente, desse modo, encontram-se em uma situação peculiar. São partes em sentido substancial, ou seja, titulares da relação jurídica de direito material controvertida. Entretanto, não são partes em sentido processual, nem há nenhuma previsão que possibilite sua intervenção no processo. Também não podem ser considerados como terceiros, pois estes, como visto alhures, não sofrem

as consequências da decisão judicial proferida em procedimento do qual não Participaram.

Nesse contexto, verifica-se que ao regulamentar o procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar, o ECA não reconheceu a condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, mantendo-os como mero objeto de proteção reflexa, por meio da tutela dos adultos.

Essa posição não está alinhada com a CRFB/88, por violar a cláusula do *substantive due process*, assim como os princípios do contraditório e da ampla defesa, tampouco com a Convenção, sobretudo por não respeitar o Direito de Ser Ouvida.

A Convenção consagra, ainda, no artigo 4, o princípio da efetividade, que consiste na obrigação dos Estados Partes adotarem todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza que se mostrem necessárias para a implementação dos direitos reconhecidos no tratado.

Decorre daí a obrigação do Brasil, enquanto signatário da Convenção, promover uma revisão legislativa, com o intuito de garantir a Participação de crianças e adolescentes nos procedimentos de perda e de suspensão do Poder Familiar, reconhecendo sua condição de sujeitos processuais, aptos contribuir na construção da decisão que tem como objetivo primordial a satisfação de seus interesses.

Por tudo o que foi visto no presente trabalho, uma alteração nesse sentido, deveria compreender, dentre outras providências:

a) o reconhecimento da condição da criança e do adolescente como parte processual nas ações de perda e de suspensão do Poder Familiar;

b) a garantia de defesa técnica:

b.1) por intermédio de advogado, nos casos em que a criança e o adolescente estiverem aptos ao exercício do direito de Participação por si próprios;

b.2) por meio de curador especial, nas hipóteses em que a criança e o adolescente não puderem, ou não desejarem manifestar claramente seu interesse ou

preferência, ou nos quais o interesse expressado constituir proibição legal, ou ainda, em que, na concepção do patrono, seja claramente prejudicial ao infante;

c) a obrigatoriedade de explicitação na fundamentação, de forma clara, da consideração dada pelo julgador à opinião manifestada pela criança e pelo adolescente, com especificação quanto ao acatamento, ou não, da vontade declarada; em caso negativo, é necessário, ainda, que sejam indicadas as razões que sustentaram o desfecho contrário;

d) a necessidade de explicitação pessoal, em linguagem adaptada, quanto aos termos da decisão.

Gize-se que a simples mudança legislativa não será, por si só, suficiente para a garantia da Participação de crianças e adolescentes na relação processual da ação de perda e de suspensão do Poder Familiar, pois, conforme adverte Kazuo Watanabe⁴⁵⁷, a tutela jurisdicional dos direitos demanda a existência de juízes preparados para aplicá-los, bem como de uma estrutura adequada, nos âmbitos material e humano.

Desse modo, aliadas às transformações legais são necessárias alterações culturais no próprio sistema de justiça, âmbito de exercício da democracia, por meio da Participação direta dos Cidadãos, pois, conforme enfatiza Abreu:

[...] a democracia verdadeira só poderá ser a que privilegia e estimula a *participação*, de forma tão intensa e constante quanto possível, comparada a um mecanismo extremamente delicado, cujo funcionamento não é automático, estando a exigir operadores treinados e competentes.⁴⁵⁸

Sem alteração da realidade fática, viveremos sempre em “um museu de grandes novidades”

⁴⁵⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 29.

⁴⁵⁸ ABREU, Pedro Manoel. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia pelo viés da participação. p. 788.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, a Criança é compreendida como um sujeito de direitos, com capacidade para o seu exercício.

Contudo, nem sempre foi assim.

O estudo da trajetória histórica da Infância revelou que somente a partir do século XIII ela passou a ser reconhecida socialmente como uma etapa distinta do desenvolvimento humano. Esse reconhecimento implicou na perda total da autonomia da criança e do adolescente, que passaram a ser percebidos por aquilo que não podiam, por aquilo que não tinham, por aquilo que não sabiam e por aquilo que não eram capaz.

No presente trabalho, constatou-se inexistir registros de ações que pudessem ser caracterizadas como política social voltada ao atendimento da Criança nos primeiros quatrocentos anos da história do Brasil.

No Império e nos primeiros anos da República, as questões relacionadas à Infância apenas interessavam ao direito a partir do momento em que a Criança cometesse algum crime.

No início do século XX, surgiram iniciativas objetivando a mudança no trato das questões relacionadas à Infância, visando à incorporação dos ideais republicanos que viam a Criança como o futuro do país. Esses movimentos culminaram com a edição, no ano de 1927, do Código Mello Mattos.

Dita legislação, alinhada às reivindicações de seu tempo, era pautada na Doutrina da Situação Irregular. Não era dirigida a toda a Infância, mas apenas aos menores de 18 (dezoito) anos, que fossem abandonados ou delinquentes, visto como perigosos, o que justificava um tratamento de forma arbitrária, com o objetivo de promover a reforma dos indivíduos tidos como desviantes do modelo proposto pela moral dominante. O controle social, nesse período, fundava-se na institucionalização e no disciplinamento.

As dificuldades encontradas para a implantação do modelo de atendimento

proposto no Código Mello Mattos levaram à criação do Serviço de Atendimento ao Menor – SAM, no ano de 1941. De orientação correcional-repressiva, o SAM destinava-se ao atendimento de menores desvalidos e infratores, por meio da internação, por entender que estes estariam melhor protegidos se fossem afastados de seus ambientes de origem que os expunham a uma situação de delinquência e marginalidade.

Em razão de denúncias de corrupção e maus-tratos, cometidos no interior da instituição, o SAM acabou sendo substituído pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, no ano de 1964.

No âmbito do discurso, a FUNABEM propunha a valorização da vida familiar e da integração do menor na comunidade, sendo a internação aplicável apenas como único recurso. Nada obstante, o período de implantação da FUNABEM, que coincidiu com o início da ditadura militar, marcado pela Doutrina da Segurança Nacional, intensificou a prática da internação, pois nesse tempo Crianças nas ruas constituía fato politicamente incomum. Além disso, a lógica correcional-repressiva se manteve, uma vez que a FUNABEM herdou do SAM a estrutura física, material e pessoal.

O modelo passou a ser questionado na década de 70, ensejando a uma reforma legislativa, que culminou com a edição do Código de Menores no ano de 1979. Referida Lei, a partir de uma definição única de situações que caracterizariam a situação irregular do menor, implicou em um tratamento indiferenciado aos delinquentes e abandonados.

A política de atendimento sob o comando do Código de Menores seguiu a tônica de institucionalização da Infância pobre que pautava as ações da FUNABEM.

A partir dos anos de 1980, com a reabertura democrática fortaleceram-se os movimentos sociais em favor das crianças e dos adolescentes, que passaram a questionar a política de atendimento à Infância no Brasil, buscando uma alternativa comprometida com os direitos humanos. Como resultado dessas aspirações, operou-se o reconhecimento da Criança como titular de todos os direitos comuns a qualquer

pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes de sua condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento.

O amplo engajamento dos movimentos sociais e de setores vinculados ao atendimento de crianças e adolescentes teve forte influência na Assembleia Nacional Constituinte, sendo determinante para a incorporação do artigo 227 ao texto da CRFB/88, síntese da Convenção, cujo anteprojeto já era conhecido no Brasil.

Trata-se do reconhecimento da Cidadania da Infância, que passou a ser então percebida de uma forma positiva, ou seja, por aquilo que a Criança é, pelo que ela sabe, pelo que ela traz e pelo que ela é capaz. Segundo essa nova concepção, passou a ser reconhecido o direito da Criança Participar de relações jurídicas na condição de sujeito.

Essa nova percepção da Infância encerrou, ao menos no plano jurídico, a distinção entre crianças, adolescentes e menores, prescrevendo um atendimento igualitário, independentemente da situação fática que se encontrem.

No âmbito internacional, o fato de maior relevo no tocante aos direitos da Criança foi a adoção da Convenção pela Assembleia das Nações Unidas no ano de 1988, ratificada pelo Brasil em 1990, documento que abrange todas as áreas definidas como direitos humanos, englobando não apenas os direitos civis e políticos, como também os direitos econômicos, sociais e culturais.

Ainda no ano de 1990, o Brasil promoveu a adequação da legislação infraconstitucional editando o Estatuto da Criança e do Adolescente, pautado na Doutrina da Proteção Integral.

A pesquisa teve continuidade no capítulo segundo, que deu enfoque para a Convenção, notadamente para o seu artigo 12.

Verificou-se, por outro lado, que, ao afirmar a Cidadania da Infância, a Convenção reconheceu expressamente a Criança como um ator social, apto a Participar em processos de tomada de decisão, capaz de formar juízos próprios, expressar opiniões e influenciar na elaboração de decisões.

Por meio de uma análise da posição dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, constatou-se que a Convenção ocupa uma posição diferenciada, com o *status* de norma supralegal e ascendência sobre a legislação infraconstitucional.

O estudo a respeito do Comitê sobre os Direitos da Criança evidenciou a preocupação da Organização das Nações Unidas com a implementação da Convenção pelos Estados Partes.

Visando auxiliar os Estados Partes nessa tarefa, o Comitê promove periodicamente Dias Gerais de Discussão, que buscam fomentar e aprofundar o entendimento a respeito do conteúdo e implicações dos artigos e tópicos da Convenção.

Ademais, o Comitê vem publicando documentos contendo suas interpretações a respeito dos dispositivos da Convenção, as chamadas Observações Gerais.

Dentre os dispositivos da Convenção, o Comitê aponta como princípios gerais da Convenção a não discriminação, o superior interesse da criança, o direito à vida e à sobrevivência e o respeito às opiniões da Criança.

Preocupado com a implementação desse último dispositivo, o Comitê promoveu, no ano de 2006, um Dia Geral de Discussão sobre o tema e, no ano de 2009, editou a Orientação Geral n. 12, que trata, especificamente, do artigo 12 da Convenção.

O artigo 12, que estabelece o Direito de Ser Ouvida, comumente associado à categoria Participação, constitui uma disposição sem precedentes em tratados internacionais de direitos humanos, pois assegura à Criança o direito de Participar em processos de tomada de decisão, apesar de carecer da plena autonomia dos adultos.

Por ocasião da análise jurídica do artigo 12, parágrafo 1, da Convenção, observou-se que:

a) os Estado Partes possuem a obrigação de adotar medidas destinadas a

fazer respeitar o Direito de Ser Ouvida a todas as Crianças, sem qualquer tipo de discriminação;

b) este direito é assegurado a toda Criança que estiver em condições de elaborar uma opinião própria sobre o tema que lhe diga respeito;

c) a capacidade da Criança para formar suas próprias opiniões é presumida. Em vista disso, sua exclusão de qualquer processo para tomada de decisões sobre assuntos que lhe diga respeito tem como pressuposto a prévia verificação de sua falta de condições para a elaboração de um juízo sobre o tema;

d) a comunicação com a Criança não se restringe à linguagem formal, sendo necessário o reconhecimento e respeito das formas não verbais de comunicação;

e) a Criança tem o direito de apresentar a sua perspectiva pessoal sobre qualquer assunto que lhe diga respeito, livre de pressões, manipulação ou influências;

f) o exercício do Direito de Ser Ouvida possui caráter facultativo para a Criança, que pode escolher se deseja, ou não, exercê-lo;

g) o Direito de Ser Ouvida alcança a todos os assuntos relacionados à Criança, não havendo mais espaço reservado à autoridade dos pais ou adultos onde não se tenha como cabível a opinião do infante;

h) o Direito de Ser Ouvida não se satisfaz com a mera escuta da Criança, sendo necessário que a opinião manifestada seja tomada em consideração como um dos elementos a serem ponderados na elaboração da decisão;

i) a valoração da opinião expressada pela Criança deve ser feita caso a caso, variando de acordo com sua idade e sua capacidade;

j) por ocasião da tomada de decisão, é preciso que o responsável aja de modo coerente, consistente e responsável, indicando de que modo foi considerada a manifestação da Criança. Nos casos em que não for possível seguir a opinião da Criança, é necessário que esta seja informada da decisão, bem como dos motivos

que a fundamentaram.

O estudo do artigo 12, parágrafo 2, da Convenção, que versa a respeito do Direito de Ser Ouvida nos processos judiciais e administrativos, demonstrou que:

a) dispositivo abrange todos os processos judiciais ou administrativos, bem como os mecanismos alternativos de solução de conflitos, que de alguma forma afetem a Criança, sendo obrigação dos Estados Partes assegurar essa Participação;

b) para assegurar uma participação real e efetiva, os procedimentos e o ambiente devem ser adaptados às necessidades específicas da Criança;

c) a decisão deve explicitar a medida em que a perspectiva apresentada pela Criança foi levada em consideração;

d) a Criança deve ter acesso a mecanismos de recurso, caso a decisão contrarie seu entendimento sobre a questão;

e) a Criança tem o direito de Participar diretamente do procedimento, quando se comunica pessoalmente com o responsável pela decisão, ou por meio de um representante, o qual tem a obrigação de transmitir as opiniões do infante sem qualquer distorção.

f) os Estados Partes têm a obrigação de adequar a legislação nacional, com a inclusão de procedimentos que permitam o efetivo exercício do direito de Participação da Criança capaz de formar um juízo próprio sobre a questão, em todos os procedimentos judiciais ou administrativos que lhe digam respeito.

A pesquisa, no terceiro capítulo, seguiu para a análise da Participação da criança e do adolescente no procedimento judicial destinado à perda e à suspensão do Poder Familiar.

Para isso, em um primeiro momento, averiguou-se o Direito de Ser Ouvida no ECA, oportunidade em que a disposição da Convenção não constou na redação original da Lei n. 8.069, de 1990.

O Direito de Ser Ouvida somente foi incorporado ao ECA pela Lei n. 12.010,

de 2009, no Capítulo II do Título II da Parte Especial, que trata das medidas de proteção. A disposição, contudo, restringe-se a um dos critérios a ser observado para a aplicação das medidas de proteção, não alcançando a dimensão do Direito Fundamental assegurado às Crianças pelo artigo 12 da Convenção.

Todavia, considerando o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que a ausência do Direito de Ser Ouvida na redação original do Estatuto, ou sua inclusão mitigada no diploma, como decorreu da Lei n. 12.010, de 2009, não tem o condão de restringir o direito assegurado no artigo 12 da Convenção, em toda a sua amplitude.

Constatado que o ordenamento jurídico brasileiro assegura à criança e ao adolescente o Direito de Ser Ouvida sobre todas as questões que lhes diga respeito, incluindo os procedimentos judiciais e administrativos que versem a respeito de seus interesses, direcionou-se a pesquisa para a análise dos princípios processuais constitucionais relativos à Participação.

O estudo teve início com o princípio do devido processo legal, garantia do cidadão em relação ao possível arbítrio do Estado, considerado um dos pilares democráticos do Estado de Direito.

De relevância destacada para a pesquisa, mostrou-se o sentido material do devido processo legal, que sujeita os atos normativos ao controle do Poder Judiciário, caso verificada sua incompatibilidade com os Direitos Fundamentais.

Igualmente, observou-se que o devido processo legal constitui um princípio informativo ligado a todos os procedimentos, sendo complementado pelo contraditório e pela ampla defesa.

O princípio do contraditório constitui um dos mais importantes princípios processuais. De cunho eminentemente participativo, é o sustentáculo da atividade dialética na produção das alegações e das provas, essencial para o acesso à justiça.

Nessa linha, o princípio do contraditório permite que a parte presente

fundamentação e produza provas visando colaborar na construção do provimento jurisdicional ou administrativo, influenciando o julgador segundo seus interesses.

Em seu viés político, notou-se que o contraditório constitui o meio de legitimação do poder estatal manifestado por meio da atividade jurisdicional ou administrativa, sendo um espaço para o exercício da democracia.

O contraditório se apresenta sob dois enfoques, um jurídico e outro político. Naquele, divide-se, ainda, nos aspectos formal e substancial. O aspecto formal consiste na possibilidade de Participação, ou seja, na garantia da parte ser ouvida, comunicada e poder falar no processo. Entretanto, sob a perspectiva material, o contraditório não se satisfaz com a mera possibilidade de Participação, sendo necessário, ainda, que a parte tenha a possibilidade de influenciar o conteúdo da decisão.

Como corolário do princípio do contraditório, analisou-se o princípio da ampla defesa, compreendido como a possibilidade de a parte indicar fatos e todas as provas plausíveis para a defesa de seus direitos, ressalvadas as consideradas ilícitas ou ilegítimas.

Embora se trate de um consectário do contraditório, a ampla defesa possui características próprias. Enquanto o contraditório é a exteriorização da ampla defesa e impõe a direção dialética do processo, o princípio em voga é entendido como uma garantia de condições ao réu para juntar ao processo os elementos voltados a elucidar a verdade segundo sua perspectiva, ou, se assim entender, não se defender.

Ainda, observou-se que a ampla possui dois aspectos: a autodefesa, defesa material, ou direito de ser ouvido; defesa técnica, ou o direito a uma assistência jurídica especializada.

A defesa material abrange a faculdade de ser ouvido pessoalmente, alcançando a possibilidade de se expressar livremente sobre os fatos, acrescentar circunstâncias que possam evitar ou minorar a consequência jurídica decorrente do pedido.

A defesa técnica, por sua vez, complementa a defesa material por meio de conhecimentos específicos necessários para enfrentar o processo. Isso se dá por intermédio da assistência de um advogado especializado no assunto, preservando-se a igualdade de condições com relação à parte autora. O defensor não é apenas um assistente técnico, é um verdadeiro sujeito do procedimento.

Pode-se dizer que o advogado é a boca por meio da qual a parte fala no processo, razão pela qual sua atuação deve estar pautada nos deveres de lealdade e confidencialidade, o que pressupõe a possibilidade de a parte indicar um advogado de sua confiança, ou de contar com uma assistência gratuita, nos casos em que não possa buscar, por si mesma, um defensor letrado.

Após a verificação dos princípios processuais constitucionais relacionados à participação, procedeu-se um estudo dos conceitos de sujeito processual, sujeito da relação jurídica de direito material e terceiro.

O sujeito processual é a pessoa que integra a relação jurídica processual, Participa do contraditório, assume qualquer das situações jurídicas processuais e pode sofrer alguma consequência decorrente da decisão final. Nesse contexto, são sujeitos processuais o autor, o réu (partes principais) e os auxiliares ou coadjuvantes (pessoas que apesar de não terem formulado pedido, ou terem contra si algum pedido formulado) também integram a relação processual, como é o caso da assistência simples.

O sujeito de direito material, por sua vez, é o titular da relação jurídica controvertida, que pode, ou não, estar presente na relação jurídica processual.

Nos casos em que a parte de direito material não coincidir com a parte em sentido processual, dever ser considerada apenas um terceiro. Nessa condição, não poderá sofrer os efeitos dos atos processuais, notadamente da sentença de mérito, pois não Participa do contraditório, nem assume qualquer dos ônus decorrentes da condição de sujeito do processo.

A pesquisa teve continuidade com a verificação dos reflexos da Convenção na condição da criança e do adolescente nas relações jurídicas processuais, a partir

do reconhecimento de sua Cidadania e da capacidade para o exercício de direitos.

O Direito do Menor, orientado pela lógica da incapacidade, estabelecia um sistema de proteção reflexa dos direitos da criança e do adolescente, por meio da tutela do mundo adulto. Nesse viés, a defesa dos interesses da criança e do adolescente, por estarem impossibilitados de exercer pessoalmente seus direitos, era vista como um direito dos pais ou do Estado.

A nova ordem jurídica inverteu esse modo de compreender a criança e o adolescente, que passaram a ser percebidos como sujeitos de sua história. Essa nova aceção de Infância rompeu com o paradigma da proteção reflexa dos direitos da criança e do adolescente, impondo a releitura da questão à luz da nova concepção a respeito da ideia de capacidade.

O direito da criança e do adolescente Participarem ativamente de todas as relações processuais que envolvam seus interesses está expressamente assegurado pelo artigo 12, parágrafo 2, da Convenção.

Sob essa perspectiva, é inviável a prolação de decisões judiciais que excluam sua possibilidade de a criança e o adolescente Participarem efetivamente do procedimento, com a possibilidade de influenciar no resultado.

Isso implica no direito de a criança e o adolescente serem partes no processo, de Participarem na construção do provimento final, formularem alegações, produzirem provas e na proteção contra a ausência de defesa, influenciando ativamente na construção da decisão.

A garantia desse direito demanda a explicitação na decisão da consideração dada pelo julgador à opinião manifestada pela criança ou adolescente, com especificação quanto ao acatamento, ou não, da vontade declarada. Em caso negativo, é necessário, ainda, que sejam indicadas as razões que sustentaram tal desfecho.

Além disso, a plena consideração da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, aptos a Participarem em contraditório, impõe que eles sejam

cientificados pessoalmente, em linguagem adaptada, quanto aos termos da decisão, podendo, caso assim desejarem, recorrer.

Diante da complexidade dos procedimentos judiciais, a Participação útil da criança e do adolescente exige que se assegure, além da possibilidade da Participação direta, a defesa técnica por meio de advogado.

O grau de Participação da criança e do adolescente nos procedimentos judiciais varia de acordo com a evolução de sua capacidade, em conformidade com sua idade e maturidade, o que deve ser avaliado caso-a-caso.

Assim, nos casos em que a criança e o adolescente estiverem aptos para o exercício de seus direitos, mostra-se necessária a defesa técnica por meio de advogado, pautado nos deveres de lealdade e confidencialidade.

Excepcionalmente, nas hipóteses em que a criança e o adolescente não puderem, ou não desejarem manifestar claramente seu interesse ou preferência, ou nos quais o interesse expressado constituir proibição legal, ou ainda, em que, na concepção do patrono, seja claramente prejudicial ao infante, o advogado deverá atuar como um curador especial, ou requerer a designação de um para atuar paralelamente.

Visto dessa forma, nos procedimentos judiciais relacionados à Infância, a atuação jurisdicional somente será considerada democrática, legítima, equilibrada e igualitária quando atentamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na sequência, foi analisada a posição reservada à criança e ao adolescente no procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar previsto no ECA.

O estudo iniciou com a verificação de que, além de constituir uma sanção aos pais, a destituição e a suspensão do Poder Familiar interfere diretamente na esfera dos direitos da criança e do adolescente, porquanto limita ou suprime o seu direito de ser criado e educado no seio de sua família natural.

Pelo que se observou, nos moldes em que estabelecido o procedimento no

ECA, a criança e o adolescente, embora titulares da relação jurídica de direito material controvertida, não integram a relação processual nas ações de perda e de suspensão do Poder Familiar, apesar de sofrerem os efeitos do provimento jurisdicional.

A criança e o adolescente, desse modo, encontram-se em uma situação peculiar. São partes em sentido substancial, ou seja, titulares da relação jurídica de direito material controvertida. Entretanto, não são partes em sentido processual, nem há nenhuma previsão que possibilite sua intervenção no processo. Também não podem ser considerados como terceiros, pois estes não sofrem as consequências da decisão judicial proferida em procedimento do qual não Participaram.

Nesse contexto, verificou-se que ao regulamentar o procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar, o ECA não reconheceu a condição de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, mantendo-os como mero objeto de proteção reflexa, por meio da tutela dos adultos.

Essa posição não está alinhada com a CRFB/88, por violar a cláusula do *substantive due process*, assim como os princípios do contraditório e da ampla defesa, tampouco com a Convenção, sobretudo por não respeitar o Direito de Ser Ouvida.

Considerada a obrigação do Brasil, enquanto signatário da Convenção, promover alterações legislativas necessárias para a implementação dos direitos reconhecidos no tratado, verificou-se, assim a necessidade de revisão do procedimento previsto no ECA, com o intuito de garantir a Participação efetiva de crianças e adolescentes nos procedimento de perda e de suspensão do Poder Familiar, reconhecendo sua condição de sujeitos de sujeitos processuais, aptos contribuir na construção da decisão que tem como objetivo primordial a satisfação de seus interesses.

A título de sugestão, foram indicados alguns dos aspectos que deveriam estar compreendidos nessa alteração:

a) o reconhecimento da condição da criança e do adolescente como parte processual nas ações de perda e de suspensão do Poder Familiar;

b) a garantia de defesa técnica:

b.1) por intermédio de advogado, nos casos em que a criança e o adolescente estiverem aptos ao exercício do direito de Participação por si próprios;

b.2) por meio de curador especial, nas hipóteses em que a criança e o adolescente não puderem, ou não desejarem manifestar claramente seu interesse ou preferência, ou nos quais o interesse expressado constituir proibição legal, ou ainda, em que, na concepção do patrono, seja claramente prejudicial ao infante;

c) a obrigatoriedade de explicitação na fundamentação, de forma clara, da consideração dada pelo julgador à opinião manifestada pela criança e pelo adolescente, com especificação quanto ao acatamento, ou não, da vontade declarada; em caso negativo, é necessário, ainda, que sejam indicadas as razões que sustentaram o desfecho contrário;

d) a necessidade de cientificação pessoal, em linguagem adaptada, quanto aos termos da decisão.

Salienta-se, por fim, que a simples mudança legislativa não será, por si só, suficiente para a garantia da Participação de crianças e adolescentes na relação processual da ação de perda e de suspensão do Poder Familiar.

Mais do que isso, o respeito à condição da criança e do adolescente como sujeito de direitos apto ao seu exercício, demanda investimentos no âmbito do sistema de justiça, pois a especificidade desse público exige, além de juízes preparados, uma estrutura adequada, nos âmbitos material e humano.

Do contrário, o reconhecimento da Cidadania da Infância, operado no Brasil por meio da CRFB/88, da Convenção e do ECA, permanecerá apenas no campo retórico e a história, tal qual faz hoje em relação ao Código Mello Mattos, ao SAM, à FUNABEM e ao Código de Menores de 1979, não nos poupará em suas críticas, pela falta de coragem e empenho para tornar real a chegada da Revolução Francesa com duzentos anos de atraso!

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. O processo jurisdicional como um *locus* da democracia pelo viés da participação. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Direitos e processo**: Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 781-790.

AIRÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: LTC, 2012, p. 28. Título original: *L'Enfant et la Vie familiale sous l'Ancien Régime*. Tradução de Dora Flaksman.

AREND, Sílvia Maria Fávero. **Histórias de abandono**: infância e justiça no Brasil (década de 1930). Florianópolis: Editora Mulheres, 2011.

ARGENTINA. Lei nº 10,903, de 21 de janeiro de 1919. **Patronato de Menores**. Buenos Aires, Disponível em: <<http://observatoriojovenes.com.ar/nueva/wp-content/uploads/Ley-10903.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (Org.). **Infância, lei e democracia na América Latina**: Análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990 - 1998). Blumenau: Edifurb, 2001. p. 47-78. Tradução de: Eliete Ávila Wolff.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Claudio De Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1999. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BRASIL. Lei, de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **CLBR**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **CLBR**. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. **CLRB** Rio de Janeiro, 31 dez. 1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpresao.htm>. Acesso em: 8 set. 2015.

_____. Lei nº 4.513, de 1 de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 4 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 out. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Decreto Legislativo n. 28, de 14 de setembro de 1990. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Nacional das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo governo Brasileiro, em 26 de janeiro de 1990. **Decretos Legislativos**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. v. 28, p. 16. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/pdf/Decretos/1990.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**. Brasília, 22 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 349703. Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do Art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Relator: Ministro Aires Britto. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 03 de janeiro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28349703%2>

ENUME%2E+OU+349703%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lzqy53x> Acesso em 20 nov. 2015.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios**. Disponível em: <http://www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf>. Acesso em 8 out. 2015.

_____. *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago, v. 9, p. 125-142, ago. 2007.

BYRNE, Iain. *Participation: the forgotten 'P' in the Convention on de Rights of the Child* **Interights Bulletin: A Review of the International Centre for the Legal Protection of Human Rights**. Londres, p. 45-47. [N. I.] 2003. Disponível em: <<http://www.interights.org/document/53/index.html>>. Acesso em: 1 fev. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALLIERI, Alyrio. Direito do menor: um novo direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 384-399, maio 1979. Disponível em: <<http://www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/917>>. Acesso em: 6 ago. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 768. Título original: *Istituzioni di diritto processuale civile*. Tradução do original italiano 2 ed. Tradutor: Paolo Capitnario

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. **Examen de los informes prestados pelos Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención: Observaciones finales: Brasil**. Ginebra, 2004, §§ 36-37. (CRC/C/15/Add.241). Disponível em: <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhsgnXZ0ChBsrwmcY8/+FNoDEbiN6/0Afs2t20x0WEwN4jXHbgxbB98tggEtOG/9vBRca02pgu2oH0ww7NCBfCfbxEK6B37cdQD+Xa7N14sFvl>>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. **Observación General n. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado**. Ginebra. 2009. p. 6, § 4. Disponível em: <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Observación general n. 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia**. Ginebra: [N. I.], 2005. Disponível em:

<<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d/PPRiCAqhKb7yhsqkirKQZLK2M58RF/5F0vFBt3FEuw5MPwUGL3wWtvx4j73rex5qxa3VhfNzYn7+dbRHuM4agUSxhkjOXwlbpMnaaJjO4jYHG8asmo1ium8u>>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. **Observación General n. 14 (2013): sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)**. Ginebra. 2013. Disponível em:

<http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/1_Global/CRC_C_GC_14__7202_S.doc>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. **COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Fact Sheet No.10 (Rev.1), The Rights of the Child**, p. 4. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet10rev.1en.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Day of General Discussion on the Right of the Child to Be Heard.**

[ginebra], 2006. p. 1. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations2006.doc>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **General guidelines regarding the form and content of inicial reportes to be submitted by states parties under article 44, paragraph 1 (a), of the convention.** [?], 1991. p. 4. Disponível em:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/Guidelines_initial_reports_CRC.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **General guidelines for periodic reports: General guidelines regarding the form and contents of periodic reports by states parties under article 44, paragraph 1 (b), of the Convention.** Ginebra, 1996, p. 3, § 9. Disponível em:

<http://www.childoneurope.org/issues/crc_committee/su06-General-Guidelines-for-Periodic-Reports.pdf>. Acesso em: 28. set. 2015.

_____. **Children with Disabilities**, p. 7, § 334. Disponível

em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Documents/Recommandations/disabled.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. De menor a cidadão. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. Cap. 9, p. 121-145. (Série Direitos da Criança 4).

_____. Memórias do futuro. In: MENDEZ, Emílio Garcia; COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Das necessidades aos direitos**. São Paulo: Malheiros, 1994. Cap. 10, p. 146-149. (Série Direitos da Criança 4).

COSTA, Antônio Carlos Gomes da et al. **Brasil criança urgente: o novo direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Columbus Cultural, 1989. (Coleção Pedagogia Social).

COUSO, Jaime. *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia:*

*interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído. **Revista Derechos del Niño**, Santiago, n. 3-4, p.145-166, out. 2006.*

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multidéia, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma: Unesc, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, volume 1. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno: tomo I**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Litisconsórcio**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

EUROPEAN COMMISSION. **Children's rights, as they see them**. Luxemburgo: European Union, 2011. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/rights-of-the-child_en.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2014.

FACHINETTO, Neidemar José. **O direito à convivência familiar e comunitária: contextualizando com as políticas públicas (in)existentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRANDIN, Mauro. **Ato penal juvenil: Aplicabilidade dos princípios e garantias do ato penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

FRA – Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europa. **Justicia adaptada a la infancia: perspectivas y experiencias de los profesionales**. Viena: Oficina de Publicaciones, 2015.

FREEDMAN, Diego. **Los riesgos del interés superior del niño: o cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la convención**. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>>. Acesso em 28 out. 2013.

GARCIA, Emilio. Breve histórico dos direitos da criança e do adolescente. In: CBIA. **Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente**. São Paulo: CBIA, 1994. p. 13-21.

HAMMARBERG, Thomas. **A School for Children with Rights: The significance of**

the United Nations Convention on the Rights of the Child for modern education policy. Florença: Unicef *Innocenti International Child*, 1998. (*Innocenti Lectures*). Disponível em: <<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/il2e.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.

HART, Roger A. ***La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica***. [S. l.]: Unicef - *Oficina Regional Para América Latina y El Caribe*, [S. l.]. (*Ensayos Innocenti*, n. 4). Disponível em: <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/ie_participation_spa.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

HERZL, Ricardo Augusto. **Neoprocessualismo, processo e constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. (Coleção Ensaio de Processos Civil).

HODGKIN, Rachel; NEWELL, Peter. ***Manual de aplicación de la convención sobre los derechos del niño: Edición enteramente revisada***. Genebra: Unicef, 2004. (Título original: *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child – fully revised edition*).

JASMIN, Marcelo Gantus. Para uma história de legislação sobre o menor. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 81-103, 1986. Colaboradores: Marco Aurélio Lagreca e Márcio Ferraz Barbosa. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/10796>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

LANSDOWN, Gerison. *Children's participation: a decade of change*. ***Interights Bulletin: A Review of the International Centre for the Legal Protection of Human Rights***. Londres, p. 48-51. [N. l.] 2003. Disponível em: <<http://www.interights.org/document/53/index.html>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. ***Every child's right to be heard: a resource guide on the UN Committee on the Rights of the Child General Comment no. 12***. Londres: *Save de Children*, 2011.

_____. ***The evolving capacities of the child***. Florença: *Unicef Innocenti Research Centre; Save The Children*, 2005.

_____. ***Can you hear me?: the right of young children to participate in decisions affecting them***. Haia: Bernard van Leer Foundation, 2005, p. 1. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http://www.bernardvanleer.org/Can_you_hear_me_The_right_of_young_children_to_participate_in_decisions_affecting_them?pubnr=598&download=1&ei=hqvuUp3zNPSrsATZjYCYBA&usg=AFQjCNE7wuUbPSoATXvJqJ79T5T0wZuzfQ&bvm=bv.60444564,d.cWc>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. ***Promoting children's participation in democratic decision-making***. Florença: *Unicef Innocenti Research Centre*, 2001.

LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti; CYRINO, Públio Caio Bessa. **Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LUNDY, Laura. 'Voice' is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child. *British Educational Research Journal*, [S.l.], v. 33, n. 6, p. 927-942, dez. 2007.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção integral de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: São Paulo, 2003.

MAIER, Julio B. J. *Los niños como titulares del derecho al debido proceso*. **Justicia y Derechos del Niño**, Buenos Aires, n. 2, p. 9-18, nov. 2000.

MARÇURA, Jurandir Norberto; CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Curso de processo civil, volume 1).

MARINQUE, Ricardo C. Pérez. *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago, n. 8, p.249-275, nov. 2006.

MAUSE, Lloyd de. *The evolution of childhood*. In: MAUSE, Lloyd de (Ed.). **The history of childhood**. Oxford, UK: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2006. Cap. 1. (EBook).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MÉNDEZ, Emilio Garcia. Infância, lei e democracia, uma questão de justiça. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia; BELOFF, Mary (Org.). **Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990 - 1998)**. Blumenau: Edifurb, 2001, p. 21-45. Tradução de: Eliete Ávila Wolff.

_____. Cidadania da criança: a Revolução Francesa com 200 anos de atraso. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 12, p. 195-202. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa.

_____. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança: do menor como objeto da compaixão-repressão à infância-adolescência como sujeitos de direitos. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: Hucitec/instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 4. p. 83-96. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa.

_____. Legislações infanto-juvenis na América Latina: modelos e tendências. In:

MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 1, p. 19-37. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa.

_____. O Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil: da situação irregular à proteção integral: uma visão latino-americana. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 6. p. 111-122. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa.

_____. A legislação de menores na América Latina: uma doutrina em situação irregular. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 10. p. 165-180. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa).

_____. Brasil, adolescentes infratores graves: sistema de justiça e política de atendimento. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 8. p. 135-149. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa.

_____. O direito de menores como direito maior. In: MÉNDEZ, Emilio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: HUCITEC/Instituto Ayrton Senna, 1998. Cap. 11. p. 181-193. Título original: *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*. Tradução de Angela Maria Tijiwa.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORALES, Julio Cortés. *Lesbianismo, tuición e interés superior del niño: comentarios a una sentencia de la corte suprema de Chile*. In: **Justicia y derechos del niño**, Santiago, n. 6, p. 191-206, nov. 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, volume 21).

PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. **Boletim Documentação e Direito Comparado**, Lisboa, n. 81/82, 2000. p. 92-101. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/8182MartaPais.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

PARKES, Aisling. **Children and international human rights law: The right of the child to be heard**. Abingdon e Nova York, Eua: Routledge, 2013. Ebook.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2002.

PELLEGRINI, Suzana Assis Brasil de Moraes. **O direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes**: um desafio permanente. Curitiba: Appris, 2014.

PINTO, Gimol. *La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño: Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: los casos de la Argentina y México*. **Justicia y Derechos del Niño**, Buenos Aires, v. 0, n. 3, p.127-142, dez. 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed., rev. e at. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

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

ROSA, Alexandre Moraes da; LOPES, Ana Christina Brito. **Introdução crítica ao ato infracional**: princípios e garantias constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 5 ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de direito penal juvenil**: adolescente e ato infracional: incluindo o projeto do SINASE e Lei 12.010/09. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Cátia Aida. **Justiça em jogo**: novas facetas da atuação dos promotores de justiça. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001. (Biblioteca Edusp de Direito: 8).

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. O direito das crianças: um novo ramo do direito. In: SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Temas de direito das crianças**. Coimbra: Almedina, 2014. Ebook.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. v. 5. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

UNICEF. **The state of the world's children 2003**. Nova Iorque: Unicef, 2002.

UNITED NATIONS (Ed.). **Manual on human rights reporting: under six major international human rights instruments**. Genebra: United Nations Publication, 1997.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. Office Of The High Commissioner For Human Rights. **Committee on the Rights of the Child**. Disponível em: Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: doutrina e jurisprudência - atualizado de acordo com a Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009 - Lei Nacional da Adoção**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

VIEIRA, Cleverson Elias; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Limites na educação: sob a perspectiva da Doutrina da Proteção Integral, do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WEBER, Lídia Natália Dobrianskyj. Os filhos de ninguém: abandono e institucionalização de crianças no Brasil. **Revista Conjuntura Social**, Rio de Janeiro, n. 4, p.30-36, jul. 2000. Disponível em: <http://www.nac.ufpr.br/artigos_do_site/2000_Os_filhos_de_ninguem.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2015.

WILLOW, Carolyne. **Children's right to be heard and effective child protection: A guide for Governments and children's rights advocates on involving children and young people in ending all forms of violence**. Bangkok: Save The Children Sweden, 2010.

ZILIOOTTO, Cecília. Por que o Estatuto da Criança e do Adolescente? In: CBIA. **Da situação irregular às garantias processuais da criança e do adolescente**. São Paulo: CBIA, 1994. p. 23-28.