

Infância e Juventude: os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988

TÂNIA DA SILVA PEREIRA

Advogada e Professora de Direito de Família e Direito da Criança e do Adolescente na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

CAROLINA DE CAMPOS MELO

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-Rio e bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ).

O aniversário do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA.) inflamou a doutrina no sentido de avaliar os resultados de seus 10 anos de vigência.

Optamos aqui por analisar os direitos da criança e do adolescente em sede constitucional. Afinal, o constituinte teve junto a estes sujeitos preocupação especial, garantindo aos mesmos capítulo específico, “esposado” com a família e o idoso.

Pretendemos definir os direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais duplamente garantidos em sede constitucional: primeiramente, de forma expressa, no art. 227, *caput*, e outros artigos conexos, e ainda como direitos fundamentais originários de tratados referentes à matéria de direitos humanos. Asseveramos como corolário de tal *status* a impossibilidade de emenda por parte das maiorias parlamentares eventuais.

Como decorrência da importância dada pelo constituinte aos direitos da criança e do adolescente, examinaremos também o princípio do melhor interesse da criança como princípio dirigente de nosso ordenamento jurídico.

Em resumo, como sugere o próprio título “*Infância e Juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988*” pretendemos mapear a proteção da criança e do adolescente na sistemática constitucional.

Direitos Fundamentais da Criança e Adolescente

Os direitos fundamentais constituem elemento basilar do constitucionalismo hodierno. Um breve apanhado histórico dos direitos fundamentais confunde-se com a própria construção do constitucionalismo.

Muitos autores apontam a inglesa Carta Magna de 1215 como inauguradora do capítulo dos direitos fundamentais na história dos direitos. Subscrita pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões caracterizou-se pela

concessão de privilégio aos referidos estamentos e pelo conseqüente estabelecimento de obrigações reais. Parte da doutrina indica em seu artigo 39¹, o qual afirma que nenhum homem livre seria detido ou despossuído de seus bens sem juízo prévio, o enraizamento da tendência de se garantirem direitos aos indivíduos. Conduz-se à ilação de que o germe dos direitos fundamentais estaria no direito de ir e vir como pressuposto necessário aos demais. Por outro lado, asseveram outros autores que a Carta Magna não seria mais do que uma concessão mútua entre grupos privilegiados, afastando-se diametralmente de qualquer pretensão de universalidade.

Surge assim o dissídio doutrinário, do qual não tomaremos partido, acerca da real paternidade dos direitos fundamentais, tradicionalmente disputada entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

As liberdades constituídas na Inglaterra ao longo do Séc. XVII – *Petition of Rights* de 1628, Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 – foram incorporadas à sistemática jurídica dos Estados Unidos, agora em sede constitucional, na Declaração de Virgínia. Ingo Wolfgang SARLET afirma que a nota distintiva desta declaração encontra-se em sua supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade.²

A Declaração francesa de 1789 eleva ao grau máximo seu caráter universal, já que baseada restritamente na racionalidade, da qual absolutamente todos os homens seriam dotados. Os mesmo ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram também garantidos na Constituição de 1791 – inspiração girondina – e de 1793 – de inspiração jacobina. Esta última chega a acrescentar direitos como ao trabalho, à proteção contra a pobreza e à educação.

PEREZ LUÑO assegura que, a partir de então, as Declarações de direitos passam a ser incorporadas à história do constitucionalismo³. A

¹ *In verbis*, "(n)enhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatum*), banido (*utlagatum*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seu pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*)". Como lembra Fabio Konder COMPARATO, "convém observar que na civilização feudal todo direito estava ligado à terra. Não havia, propriamente, um país objetivamente separável da pessoa do monarca." *In A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 70

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 45

³ PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos fundamentales. Temas clave de la Consituición Española*. 6ª edición. Madrid: tecnos. 1995

Constituição belga de 1831 e as cartas constitucionais da Alemanha e Itália confirmam o processo de relativização do caráter jusnaturalista, e, portanto, universal, e o enquadramento dos direitos nos sistemas positivos dos Estados. De acordo com apontamento de Paulo BONAVIDES, a universalidade material e concreta passa a substituir a universalidade abstrata, e mesmo metafísica, dos direitos na versão jusnaturalista do séc. XVIII.⁴

O Séc. XIX foi marcado pela denúncia da insuficiência dos direitos individuais e conseqüente reivindicação dos direitos econômicos e sociais. As inspirações operárias foram consagradas pela Revolução Russa e celebradas na Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918. Não apenas se inaugurava um novo sistema político como também uma nova forma de pensar os direitos fundamentais.

São de capital importância duas constituições do início do séc. XX: a mexicana de 17 e a de Weimar de 19. Estas primaram pelo intento de conjugar em um único sistema direitos de cunho individual e econômico-social. Mais especialmente a Constituição de Weimar serviu como modelo para as constituições européias do pós-guerra que implantaram o regime do Estado de bem-estar social, como a francesa de 1946, a italiana de 47 e a própria Lei Fundamental de Bonn de 1949, as duas últimas ainda vigentes.

A mesma tendência foi reforçada nas constituições consagradas após regimes autoritários como a da Grécia (1975), da Espanha (1975) e a de Portugal (1978). Há de se destacar que os estudos comparativos realizados após a promulgação da Constituição brasileira de 1988 indicam a aproximação aos ibéricos. Nosso Texto possui, entre os direitos fundamentais, uma composição dos direitos individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais.

Valemo-nos assim do auxílio das doutrinas nacional e ibérica para melhor delimitar-se o campo dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico em que reza o princípio da primazia da Constituição Federal.

Na doutrina brasileira, o constitucionalista José Afonso da Silva sugere as seguintes características dos direitos fundamentais:

a) *“Historicidade - são históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem (...);*

b) *Inalienabilidade - são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial (...);*

c) *Imprescritibilidade - (...) não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis (...); e*

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 517.

*d) Irrenunciabilidade - não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”.*⁵

Os direitos fundamentais constituem “direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”⁶ A breve afirmativa de J.J. Gomes CANOTILHO, constitucionalista português, encerra duas considerações de extrema relevância. Primeiramente, seu caráter positivo, enquanto incorporação no ordenamento escrito. Em segundo lugar, esta positivação deve ocorrer do bojo do mais importante diploma jurídico: a Constituição. Derivam assim 4 conseqüências de extrema relevância:

1) *“as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica;*

2) *como normas constitucionais, encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão*⁷;

3) *como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; e*

4) *como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes público constituem parâmetros materiais de escolha, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.”*⁸

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 179-180.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1999. p. 353

⁷ O poder de revisão estabelecido pela Constituição de 1976 deve ser entendido da seguinte forma:

1) estabeleceu-se, na versão originária, um período inicial de quatro anos durante o qual não seriam admissíveis quaisquer alterações (art. 284 /1, conjugado com o art. 194 / 1, na redação primitiva);

2) fixou-se o espaço temporal de 5 anos como o lapso de tempo que deve mediar entre as revisões ordinárias da Constituição (art. 284 / 1); e

3) aceitou-se a revisão extraordinária em qualquer momento (art. 284 / 2), desde que se satisfaçam os restantes requisitos exigidos (maioria qualificada de 4/5). *In* CANOTILHO, op. cit. p. 993.

Cabe ressaltar que se utilizam outros termos no constitucionalismo brasileiro. Deriva do poder constituinte o poder de reforma, entendido em sua natureza genérica; este pôde ter sido exercido por revisão constitucional, entendida como modificação relativamente ampla - o art. 3º do A.C.D.T. abriu a possibilidade de revisão no ano de 1993 - , ou por emenda, concebida como ajustes mais específicos, desde que seguidos os requisitos estabelecidos pelo art. 60 CF.

⁸ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 355

Pretendemos sustentar aqui que, realizando um paralelo ao Texto brasileiro, os direitos fundamentais não são passíveis de reforma, como assinala a segunda consequência apontada por CANOTILHO, e sim constituem limites materiais ao poder de emenda – número 3.

Complementamos ainda o conceito de direitos fundamentais com a afirmativa de Vieira de ANDRADE, constitucionalista português, de que estes possuem juridicidade específica por constarem desse instrumento de direito interno denominado Constituição; e ainda complementa que “*seu valor jurídico, a sua força de conformação não foram sempre os mesmos, mas não há dúvida hoje que comandam todo o ordenamento jurídico, impondo-se à própria função legislativa por força do princípio da constitucionalidade.*”⁹

A utilização das expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos merecem alguma explicação.

Por um lado, parte da doutrina afirma que a expressão “Direitos Humanos” tem origem inglesa – *human rights* - enquanto “Direitos Fundamentais” seriam fruto da tradição continental, notadamente germânica. Diferentemente, outros autores acreditam que a diferença encontra-se no âmbito da aplicação do conceito: os Direitos Fundamentais restringem-se ao âmbito constitucional, garantidos e limitados no tempo e no espaço, enquanto os Direitos Humanos ao âmbito internacional; constituem direitos de todos os povos.¹⁰

Constituem assim classes variáveis ao longo do tempo, modificando seu elenco no compasso da alteração das condições históricas. Como salienta Celso Albuquerque Mello¹¹, não estão tais direitos relacionados em uma lista imutável, porque “*a natureza humana está em construção, vez que ela apenas pressupõe a sociabilidade do homem, e esta vai criando novas formas de pensar*”. O mesmo argumento pode ser aplicado tanto para os direitos humanos quanto para os fundamentais.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p. 33

¹⁰ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 369. PEREZ LUÑO estabelece a seguinte distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Os primeiros formam “*um conjunto de facultades y instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidade, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nível nacional e internacional*” enquanto os direitos fundamentais correspondem “*aqueellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y suelen gozar de uma tutela reforzada*” Op cit.. p. 46.

¹¹ MELLO, Celso Albuquerque, **Direitos Humanos e Conflitos Armados**, Rio de Janeiro: Renovar. 1997. p. 4 e 28.

Hoje as Constituições fixam princípios e linhas gerais para guiar o Estado e a vida em sociedade com a finalidade de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Os Direitos Fundamentais declarados nas Constituições não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.

No tocante à Constituição brasileira de 1988, à primeira vista, poderíamos afirmar que os direitos fundamentais eleitos pelo constituinte estariam restritos ao art. 5º em seus 77 incisos. No entanto, cabe atenta leitura de seu parágrafo 2º, *in verbis*:

“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”.

Outrossim, pode-se afirmar que o constituinte não teve a intenção de restringir os direitos fundamentais àqueles enumerados no artigo em tela. Não o teria redigido se não tivesse o nítido desejo de possibilitar a expansão e atualização destes direitos ao longo da ‘vida’ constitucional.

Considerando nossa cláusula aberta, este parágrafo encerra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, de forma a confirmar o não congelamento destes direitos naqueles determinados no processo constituinte. E ainda, como leciona Ingo Wolfgang SARLET, os direitos fundamentais *“podem ter acento em outras partes do texto constitucional ou residir em outros textos legais nacionais e internacionais.”*¹²

Adicione-se ainda que ao referir-se aos *‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’*, o legislador teve como preocupação não fazer qualquer menção à posição a ser ocupada pelos mesmos no Texto. Destarte, pode-se concluir que são considerados direitos e garantias fundamentais de mesma hierarquia aqueles que ocupam diversas posições na Constituição Federal de 1988. Consideramos que os direitos fundamentais da criança e do adolescente, inobstante não constantes do rol do artigo 5º, tem mesma hierarquia constitucional.

Sustentamos ainda que devem ser tidos como direitos fundamentais de duas formas. Primeiramente, o artigo 227, *caput*, e outros ao mesmo alinhados, enumeram com clareza quais os direitos fundamentais que devem ser assegurados a estes sujeitos de direito *com absoluta prioridade*. Em segundo lugar, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, em outras palavras, esta pode ser considerada parte dos *“Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil é parte”*. Sabe-se que as vigas-mestras da Convenção foram transpostas

¹²SARLET, I. op. cit. p. 85

para o plano interno por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entanto, pretendemos afirmar que os direitos fundamentais garantidos na Convenção, ao terem sido recebidos pelo parágrafo 2º do artigo 5º, galgaram ao *status* de direito fundamental em nosso sistema constitucional.

Passamos, outrossim, à análise de cada uma das duas hipóteses, para que possamos analisar a possibilidade ou não de emenda a tais direitos.

A) Direitos Fundamentais dispersos

J.J.Gomes CANOTILHO¹³ refere-se a “*Direitos Fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo*” enumerados na Parte I da Constituição Portuguesa. É precisamente o que denomina de “*Direitos Fundamentais dispersos*”. Analogamente, afirma-se que a Constituição brasileira também enumerou direitos fundamentais de forma dispersa.

Na doutrina nacional, Ingo Wolfgang SARLET¹⁴ identifica os “*Direitos Fundamentais fora do catálogo, mas com status constitucional formal*” os quais, segundo ele, “*são idênticos no que tange à sua técnica de positivação e eficácia*”. O referido Autor identifica, entre eles¹⁵, o art. 227-CF relativo aos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente. Este artigo é reconhecido como a *Declaração de Direitos Fundamentais da população infanto-juvenil*. São garantidos “*à criança e ao adolescente, como dever da família, da sociedade e do Estado, com prioridade absoluta, o direito à*

¹³ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 380

¹⁴ SARLET, I. op. cit. p. 124

¹⁵ Com o intuito de valorizar a tarefa de fôlego realizada por parte de SARLET de enumerar os diversos direitos fundamentais situados fora do catálogo, passamos a expor seu resultado: O direitos de igual acesso aos cargos públicos (art. 37, inc. I); os direitos de associação sindical e de greve dos servidores públicos (art. 37, inc. VI e VII), o direito dos servidores públicos à estabilidade no cargo (art. 41) – não mais existente devido à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998; o direito à legitimação ativa para a iniciativa popular legislativa (art. 61, parágrafo 2º); a garantia de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inc. IX); limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 150, inc. I a IV) – confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na A.D.In nº 939 – 7 de 1994; direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (art. 220); a igualdade de direitos e obrigações entre os cônjuges (art. 226, parágrafo 5º); o direito dos filhos a tratamento igualitário e não discriminatório (art. 227, parágrafo 6º). No tocante à ordem social, acrescenta ainda o direito à utilização gratuita dos transportes públicos coletivos para pessoas com mais de 65 anos de idade (art. 230, parágrafo 2º), o direito à proteção do meio ambiente (art. 225), os direitos à previdência social e à aposentadoria (arts. 201 e 202); bem como o direito à assistência social. Por fim, adiciona o direito à saúde (art. 196), à educação (art. 205); ao ensino público fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, inc. I); a garantia do exercício dos direitos culturais (art. 215); o direito ao planejamento familiar incentivado pelo Estado (art. 226, S 7º); à proteção da entidade familiar (art. 226), bem como o direito à proteção das crianças e dos adolescentes (art. 227). Op. cit. p. 122 a 124.

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.”

Se a história constitucional brasileira pode vangloriar-se da presença permanente da Declaração de Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, a Constituição de 88 introduz direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente.

Apregoamos ainda que estes não se restringem ao artigo 227 C.F. Podemos citar, enumerativamente, outros direitos fundamentais diversos, entre eles:

- Proibição de trabalho noturno, perigoso e insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos, conforme redação dada ao art. 7, inc. XXXIII pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Observe-se que tal emenda ampliou campo de proteção ao trabalho infanto-juvenil, já que a redação original proibia qualquer trabalho apenas aos menores de 14 anos;
- A equiparação de filhos e a vedação de designações discriminatórias relativas à filiação, consoante o art. 226, parágrafo 6º;
- A inimputabilidade dos menores de 18, sujeitos à legislação especial, conforme o artigo 228. Há de se ressaltar que diversa é a forma de se deparar com o adolescente infrator: a aplicação de medidas socio-educativas;
- Assistência e educação por parte dos pais, de acordo com o art. 229.

O fato de mencionados direitos encontrarem-se dispersos no texto constitucional - art. 227 e os demais citados – não lhes retira o *status* de direitos fundamentais, devendo ser tratados da mesma forma que todos os demais.

B) Decorrentes de tratados

Para assegurar a posição proposta, indica-se o mesmo art. 5º, parágrafo 2º. C.F., ao referir-se aos “*Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja Parte*” como receptor em sede constitucional de todos os diplomas referentes aos direitos humanos.

Endossamos a posição de SARLET de que o conceito utilizado pelo constituinte engloba diversos instrumentos internacionais, referindo-se a “*Tratados*” como gênero em cuja espécie encontram-se convenções e pactos e, ainda, os tratados propriamente ditos. Reporta-se à própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual os considera como termo genérico determinante de um acordo internacional independentemente de

sua designação particular. Apenas esta interpretação é capaz de evitar um considerável estreitamento da abertura constitucional referente ao direito internacional.¹⁶

Entendida a extensão do termo tratado, destaque-se a importância da **Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**, aprovada pela ONU em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Nascida de um árduo trabalho de dez anos por parte de representantes de 43 países-membros da Comissão de Direitos Humanos daquele organismo internacional, representou a comemoração dos 30 anos da **Declaração Universal dos Direitos da Criança**.

Segundo Michel BONNET¹⁷ (1988), na fase de elaboração da Convenção, a principal questão debatida “*era definir direitos universais para as crianças, considerando a diversidade de percepções religiosas, sócio-econômicas e culturais da infância nas diversas nações*”.

Fruto de compromisso e negociação, tal Convenção representa o mínimo que toda a sociedade deve garantir às suas crianças, reconhecendo em um único documento as normas que os países signatários devem adotar e incorporar a sua ordem interna. A Convenção exige, por parte de cada Estado que a subscreva e ratifique, uma tomada de decisão, incluindo-se os mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições (e obrigações). Deve, inclusive, servir de instrumento básico para todos aqueles que direta ou indiretamente trabalham em prol da população infanto-juvenil.

No entanto, a preocupação no tocante à infância não tem origem nesta data. Destacam-se, ainda, neste século, outros documentos internacionais de proteção à infância e à juventude:

A proteção especial já aparece na **Declaração de Genebra de 1924**, em que foi declarada a “*necessidade de proclamar à criança uma proteção especial*”. A **Declaração Universal de Direitos Humanos**, aprovada no seio das Nações Unidas em 1948, reconheceu que a “*infância tem direito a cuidados e assistência especiais e que todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social*” (art. XXV, 2).

¹⁶ Ressalta ainda o autor que outra interpretação levaria necessariamente à desconsideração dos direitos fundamentais previstos nos Pactos Internacionais da O.N.U. sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos de 1966, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da O.E.A. (1969), apenas para citar alguns dos mais relevantes nesta matéria. (p. 125)

¹⁷ BONNET, MICHEL "Convention on the Rights of the Child", *In Second Asian Regional Conference on child abuse and neglect*. p. 71.

Coube à já mencionada **Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959** determinar no seu segundo princípio que *“a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança”*.

Tomando como modelo a Convenção Européia de Direitos Humanos destaque-se, em nosso continente, a **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica de 1969), que estabelece no seu art. 19 que *“toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”*. O Brasil veio a ratificar esta Convenção mais de vinte anos depois, através do Decreto 678 de novembro de 1992.

Não se pode omitir especial referência às **Regras de Beijing** (Resolução 40.33 da Assembléia Geral da ONU de 29 de novembro de 1985), que estabeleceram normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude. Da mesma forma, as **Diretrizes de Riad** para a “prevenção da delinquência juvenil” e as **Regras mínimas das Nações Unidas para a proteção de jovens privados de liberdade** foram aprovadas pela Assembléia Geral da ONU de 1990, as quais somaram-se aos demais documentos internacionais de proteção à infância deste século. Estes dois documentos, embora ainda não ratificados pelo Brasil, tiveram seus princípios incorporados ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Fazemos *quorum* à doutrina que afirma que os direitos fundamentais oriundos das regras internacionais aglutinam-se à Constituição por meio do parágrafo 2º do art. 5º. Adquirem, outrossim, junto ao sistema constitucional *status* igual ao concedido aos demais direitos fundamentais. No tocante a nossa proposta, os direitos fundamentais referentes à criança e ao adolescente, celebrados nos diplomas internacionais dos quais o Brasil é parte, pertencem à Constituição Federal de acordo com o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.

Conclui-se, por fim, que tanto por constituírem direitos assinalados no texto constitucional, os denominados direitos fundamentais dispersos, ou por terem sido celebrados em acordos internacionais, os direitos da criança e do adolescente constituem direitos duplamente fundamentados no sistema constitucional oriundo de 1988.

Impossibilidade de Emenda

O fato de haver o legislador constituinte garantido aos direitos fun-

damentais a impossibilidade de emenda (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV) e ainda a aplicabilidade imediata dos mesmos (art. 5º parágrafo 1º C.F.), pode ser apontado como indicador da essencialidade dos mesmos.

Pretendemos dar maior destaque aqui à impossibilidade de emenda, já que presenciamos hodiernamente grande ímpeto reformador por parte do legislador ordinário. Sustentamos que qualquer emenda que pretenda ou tenda a abolir qualquer dos direitos fundamentais da criança e adolescente fere frontalmente a Constituição Federal.

O legislador constituinte reservou certa rigidez para o processo de emenda, já que formulada para ajustes de natureza restrita e específica. Estabeleceu assim limites denominados formais, temporais e materiais. Interessam-nos, especificamente, os *limites materiais* que visam a assegurar a permanência de determinados conteúdos constitucionais tidos como fundamentais. O reconhecimento de limitações de cunho material significa um ponto de equilíbrio entre a necessidade de preservação de um conteúdo mínimo estabelecido pelo constituinte e a contínua imperiosidade de adequação da Constituição à realidade social.

As limitação materiais – não entraremos aqui na seara das limitações implícitas – encontram-se manifestas no parágrafo 4º do artigo 60 C.F. , entre elas, *in verbis*: I) a forma federativa de Estado; II) o voto direto, secreto, universal e periódico; III) a separação de poderes; e IV) os direitos e garantias individuais. Tais elementos foram assim considerados pelo legislador constituinte, sem qualquer critério hierárquico, *cláusulas pétreas*”, não passíveis de emenda, elemento caracterizador de força jurídica reforçada na ordem jurídica constitucional pátria.

No tocante à abrangência da restrição material de emenda, devemos estabelecer, mesmo que com a brevidade necessária a um artigo, o alcance da imutabilidade apregoada pelo parágrafo 4º, especificamente no tocante aos direitos fundamentais.

Defendemos aqui uma interpretação extensiva da expressão “*direitos e garantias individuais*”, já que a restrição a sua literalidade ameaçaria o próprio conceito de direitos fundamentais. Levaria à ilação de que apenas os direitos individuais seriam protegidos pela impossibilidade de emenda. Mesmo os direitos coletivos enumerados no próprio art. 5º não teriam guarida: por ironia, o mandado de segurança individual constituiria cláusula pétrea e o coletivo estaria disponível ao ímpeto reformador de maiorias eventuais.

Sustentamos que o legislador constituinte não propôs expressamente qualquer distinção significativa entre direitos individuais, políticos e sociais que possibilitasse diferença em sua fundamentalidade ou possibilidade de hierarquização. Lembra ainda Ingo Wolfgang SARLET que o próprio

Preâmbulo da Constituição de 88 elenca a necessidade de **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)** Ressalte-se ainda a consagração dos princípios estruturantes mapeados no art. 1º, inc. I a III, e art. 3º, inc. I, III e IV C.F.

A possibilidade de restrição ou abolição dos direitos políticos e sociais levaria ao comprometimento da estrutura e identidade da própria Constituição. Afinal, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira, foi densificada pelo constituinte por meio da garantia dos direitos fundamentais, sejam eles individuais, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais.

No que tange à nossa proposta de reconhecer os Direitos Fundamentais da criança e adolescente como *cláusulas pétreas*, sejam estes de cunho individual ou coletivo, cabe novamente lembrar que estes encontram-se no sistema constitucional de duas formas, como *supra* sustentado.

Portanto, os direitos fundamentais da criança e do adolescente, fundados dispersamente no Texto Constitucional, ou ainda os consagrados pela ratificação dos diplomas acima relacionados constituem um limite mínimo a ser respeitado pelo legislador ordinário.

Princípios Constitucionais

O ordenamento jurídico brasileiro emergente da Constituição de 1988 encerra um sistema normativo de regras e princípios. As normas de nosso sistema revelam-se tanto sob a forma de regra quanto de princípios. Note-se desde já que os princípios não possuem apenas função integrativa ou programática no ordenamento jurídico; contêm expresso grau de normatividade. Tanto as regras como os princípios carregam *em si* diretrizes deontológicas, impressas nas expressões de mandato, permissão e proibição.

A distinção entre regras e princípios constitui um dos principais pilares para a compreensão da ordem jurídica. Foi de capital relevância para a compreensão desta nova perspectiva normativa o trabalho de Ronald DWORKIN de 1967¹⁸, no qual distingue as regras, os princípios e as polí-

¹⁸ O artigo "Is Law a system of rules?" foi primeiramente publicado em "**The Model of Rules**" no ano de 1967. Reimpresso em 1977 para a coletânea "**The Philosophy of Law**", editada pelo autor, foi revisitado e integrado a um de seus livros mais importantes: "**Taking Rights Seriously**", de 1977/78. Em contundente crítica ao Positivismo Jurídico, pretende o autor afirmar a existência de princípios na sistemática jurídica norte-americana, os quais acirram conteúdo de moralidade. Relembra assim o julgamento Riggs V. Palmers, ocorrido na Corte de

ticas públicas (**policies**). No entanto, acredita-se mais proveitoso, para o âmbito deste trabalho, explorar a contribuição de Robert ALEXY, jusfilósofo e constitucionalista alemão, mesmo que realizada quase 20 anos depois, já que este descreve o denominado sistema civil ou continental, família à qual pertence a sistemática brasileira.

Desafia ALEXY o tradicional critério da generalidade para a distinção entre os dois tipos de norma: os princípios teriam caráter mais geral que as normas. Afirma que, na realidade, a distinção entre as regras e princípios seria **qualitativa**.

As regras são normas que, quando válidas, podem ser cumpridas ou não em sua totalidade. “(C)ontienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.”¹⁹ Por sua vez, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor/maior maneira possível; são “mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.”²⁰ Os princípios ordenam algo que deve ser cumprido em sua maior medida possível, consideradas as condições jurídicas e fáticas. São assim chamados mandatos **prima facie**, e não mandatos definitivos como as regras.

Não somente se diferenciam regras e princípios por seu aspecto qualitativo, mas também pela forma através da qual solucionam seus *conflictos e colisões*, respectivamente.

O conflito entre regras pode ser solucionado por meio do estabelecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração de invalidade de uma das regras. A eliminação de uma das regras ocorre, no mais das vezes, por recursos tradicionais como **lex posterior derogat legi priori** e **lex specialis derogat legi generali**.

Enquanto o conflito de regras considera a questão da validade, a colisão de princípios, por sua vez, tem como foco central seu peso. Sob certas circunstâncias, um princípio tem precedência sobre o outro; alteradas as circunstâncias, a precedência pode apresentar resposta diversa. No caso concreto, cede o princípio que tiver menor peso, considerando ambos como

Nova Iorque em 1889, no qual restou decidida a exclusão de um dos legatários contemplados no testamento, já que este teria sido responsável pelo assassinato do testador. Afinal, como considera DWORKIN, não seria permitido o benefício próprio por meio fraudulento.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1986. p. 87

²⁰ idem p. 86

dotados de validade. Os princípios “*podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, **prima facie**, devem ser realizados.*”²¹

Elege ALEXY a máxima da proporcionalidade como a regedora da colisão dos princípios: critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito decidirão a precedência do caso concreto. Note-se que o autor teve o cuidado de não caracterizar a proporcionalidade como princípio, o que o tornaria passível de ponderação.

A decisiva contribuição de ALEXY à discussão acerca das regras e princípios foi adicionar o importante elemento da Argumentação. Afirma o autor que “(e)l carácter **prima facie** de los principios puede reforzar-se introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados principios o determinados tipos de principios.” A argumentação é determinante para a aplicabilidade da máxima da proporcionalidade e a obtenção da precedência nos casos concretos de colisão de princípios.

Princípio do Melhor Interesse da Criança

Procura-se afirmar, no bojo deste trabalho, que o melhor interesse da criança constitui um princípio consagrado por nossa sistemática constitucional. Com tal *status*, afirma-se novamente seu caráter normativo e a necessidade de sua ponderação em frente a outros princípios constitucionais. Destarte, o mandato **prima facie** inerente ao princípio do melhor interesse deverá adequar seu peso aos demais princípios em colisão em um caso concreto.

Sua origem é encontrada no instituto inglês do **parens patriae** como prerrogativa do Rei em proteger aqueles que não poderiam fazê-lo em causa própria. É recepcionado pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso **Commonwealth v. Addicks**, no qual a Corte da Pensilvânia afirma a prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses de seus pais. No caso em exame, a guarda da criança foi concedida à mãe acusada de adultério, já que este resultado representava o melhor interesse para aquela criança mediante as circunstâncias dadas.

²¹ CANOTILHO, J.J. op. cit. p. 1087 e 1088. O constitucionalista acompanha a discussão apresentada por Ronald DWORKIN e Robert ALEXY. Na doutrina brasileira, cabe destaque ao capítulo “Dos Princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais” de autoria de Paulo BONAVIDES em seu **Curso de Direito Constitucional**.

Em outra oportunidade²², afirmamos que a proposta de se reconhecer, nos documentos internacionais, a proteção especial para a infância já aparece na **Declaração de Genebra de 1924**, onde foi declarada a “*necessidade de proclamar à criança uma proteção especial*”. Por sua vez, a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 destaca, para a criança, “*o direito a cuidados e assistência especiais*”.

Coube à Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 determinar que “*a criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança*”.²³

Por sua vez, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 teve papel fundamental na confirmação e alargamento deste princípio. Ratificada pelo Brasil através do Decreto 99.710/90, destaque-se, em sua tradução oficial, o que dispõe o art. 3.1: “*todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança*”.

O texto original em inglês declara: “*In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration*”.

Há de se ressaltar que a Convenção proclama como seus destinatários as “crianças”, identificadas no art. 1º. como “**todo ser humano com menos de 18 anos**”. Entretanto, entendeu o legislador estatutário brasileiro, dentro de critérios puramente de política legislativa, dividir estes titulares de Direitos Fundamentais em duas faixas de idade, buscando, nas ciências humanas, sobretudo, na psicologia e biologia, fundamentos para esta divisão legal.

²² SILVA PEREIRA, Tânia da. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

²³ O texto original da Declaração assim dispõe: “*The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interests of the child shall be the paramount consideration*”.

Outrossim, o art. 2º. do Estatuto da Criança e do Adolescente considera como criança “*pessoa até 12 anos de idade incompletos*” e adolescente “*aquela entre 12 e 18 anos de idade*”. Neste sentido, qualquer menção ao princípio do melhor interesse da criança deve ser necessariamente estendido aos adolescentes, já que uma inovação legislativa não pode excluir parte da população de seus direitos garantidos tanto em âmbito interno quanto internacional.

Cabe ressaltar ainda que a versão em inglês enfatiza o caráter qualitativo do interesse da criança – ***the best interest*** – enquanto a versão brasileira tem como foco o critério quantitativo – *o maior interesse*. Optamos pelo conceito qualitativo por acreditar que este aponte com mais precisão a orientação proveniente dos diplomas *supra* relacionados.

A aplicação de melhor interesse da criança foi bastante ampliada pela Convenção em destaque. Realizando um paralelo entre a extensão consagrada na Declaração (1959) e na Convenção, Daniel O'DONNELL esclarece que esta “*amplia o alcance deste princípio, o qual, pelo teor do artigo 3. (1), deve inspirar não apenas a legislação, mas também todas as medidas concernentes às crianças, tomadas pelas instituições públicas ou privadas de bem-estar social, pelos tribunais, pelas autoridades administrativas...*”²⁴ Afirma assim a vinculatividade imediata dos poderes públicos, seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário, ao princípio do melhor interesse da criança.

Passamos assim a examinar, a título de exemplo, oportunidades em que deve o princípio do melhor interesse da criança ser aplicado. Para tal tarefa, tomamos, primeiramente, o Legislativo e as ressalvas realizadas em nossa legislação no tocante à criança e ao adolescente. Em seguida, examinamos ocasiões em que o magistrado pode fazer uso do princípio em tela. Note-se que, em regra geral, as mesmas considerações tecidas quanto ao Judiciário podem ser aplicadas ao procedimento administrativo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidador das normas já informadas pela Constituição Federal, representa a mais eficaz de nossos diplomas legais no sentido de especificar linhas de apreensão do melhor interesse da criança. No entanto, não se pode deixar de lembrar

²⁴ O'DONNELL, Daniel. **A Convenção sobre os Direitos da Criança: Estrutura e Conteúdo.** Infância: Boletín del IIN, nº 230. Tomo 63, Julio. Montevideo. 1990. p. 11.

que diversas normas constantes tanto no Código Civil²⁵, Código Penal²⁶ e demais diplomas foram recepcionadas pela nova ordem constitucional, mais especificamente no tocante à proteção da infância-adolescência.

Em especial, as regras do art. 387 do C.C., do art. 9.º C.P.C. e o art. 142, § único E.C.A. asseveram a nomeação de um *Curador Especial* na hipótese de “*colisão de interesses*”. O posicionamento do Ministério Público orienta o Magistrado na identificação do mais conveniente ou menos prejudicial à criança e ao adolescente.

No tocante ao Poder Judiciário, deve-se destacar a imperiosidade de um procedimento rápido e eficiente que respeite os parâmetros processuais autorizados pela Constituição. Há de se evitar um processo demorado, o que, em regra, representa grande prejuízo à criança e ao adolescente.

A oitiva do sujeito infante-juvenil é identificada como importante orientação ao magistrado rumo à identificação do melhor interesse da criança.

O art. 12 da Convenção assegura àquela que estiver capacitada a formular seus próprios juízos **o direito** de expressar suas opiniões livremente sobre os assuntos relacionados com ela, considerando a sua idade e maturidade. Garante-lhe, inclusive, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que lhe afete diretamente, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no § único do art. 28 indica que “*sempre que possível será ouvida a criança*”. Para tal fim, criança deve ser informada sobre sua situação e os assuntos sobre os quais deverá emitir sua opinião, devendo ser facilitada a intervenção de profissionais especializados que possam interpretar, de maneira apropriada, a sua palavra.

Dois são as situações em que se faz mais especificamente relevante a oitiva da criança e adolescente: o abuso sexual e a guarda.

²⁵ O art. 225 CC reflete a nítida intenção do legislador em proteger os interesses patrimoniais dos menores sob o Pátrio Poder. O inventário dos bens do falecido identificará aqueles que compõem a meação do cônjuge sobrevivente e aqueles pertencentes aos filhos. É também flagrante a intenção em se proteger os interesses dos descendentes incapazes ao privar o progenitor do usufruto do Pátrio Poder caso este não faça o inventário e promova a partilha. O art. 215 CC demonstra que as rígidas regras pertinentes à validade dos atos jurídicos foram amenizadas em nome da unidade familiar. Quis o legislador proteger a criança concebida no casamento, ainda que marcado pelo vício decorrente da idade. Assim, diz a lei que por defeito de idade não se anulará o casamento de que resultou gravidez. (SILVA PEREIRA. Op. cit. p. 27 e 28)

²⁶ Entre as várias formas de violência, deter-nos-emos às situações especiais carecedoras de tratamento jurídico e interdisciplinar e de qualificação adequada, as quais envolvem e transcendem os conceitos penais de Estupro (art. 213 do Código Penal), Atentado violento ao pudor (art. 214, CP) e crimes correlatos, a exemplo do Lenocínio (art. 227, CP), Favorecimento da prostituição (art. 228, CP), Manutenção de Casa de Prostituição (art.229, CP), Rufianismo (art. 230, CP), Tráfico de mulheres (art. 231, CP) e Abandono moral (art. 247, II, CP).

Explicar situações identificadas como **abuso sexual** contra crianças e adolescentes têm exigido dos profissionais e dos magistrados maior atenção em suas decisões. A “*lei do silêncio*”, por meio da qual tais formas criminais são mascaradas, cria uma relação de poder difícil de ser desafiada. Em geral, a vítima é a única testemunha e as evidências físicas de abuso sexual existem apenas em uma pequena porcentagem de casos.

Na hipótese de abuso sexual no âmbito familiar, os procedimentos do atual sistema criminal desencorajam e dificultam os cuidados especiais com a criança. Não é rara a traumática experiência de uma *acareação* entre a criança e o acusado. Nestes casos, a criança pode sentir uma culpa adicional caso este seja condenado. Sentimentos conflitantes para com o acusado são, em geral, uma causa significativa do trauma experimentado pela criança abusada sexualmente.

A oitiva da criança nessas circunstâncias merece especiais cuidados devendo ser criadas condições que facilitem a expressão espontânea da criança, evitando situações de angústia e linguagens técnicas incompreensíveis, permitindo-lhe expressar seus interesses e conflitos com maior liberdade. Deve ser implantada uma efetiva *mudança de cultura no atendimento* de crianças vítimas de abuso sexual. Deve o Instituto Médico Legal, por exemplo, proporcionar um atendimento especial à criança por técnicos capazes de ouvir e manifestar a sua compreensão à vítima; a possibilidade do exame do DNA por este órgão permite a identificação imediata e irrefutável do abusador.

A aplicação de medidas emergenciais em casos de abuso sexual apregoadas civilmente como o afastamento do abusador do lar, busca e apreensão da criança, destituição do pátrio poder deve necessariamente atender o princípio do melhor interesse da criança. A permanência da criança no âmbito familiar deve ser priorizada, sendo afastado de imediato o agressor, já que existe o risco de que o agressor, permanecendo junto à família, perpetue sua conduta em relação à vítima ou a outros familiares. Uma assistência material à família é prioritária, considerando que, na maioria das vezes, o agressor é seu principal mantenedor.

Por sua vez, nos processos de **guarda**, é fundamental a oitiva da criança suficientemente madura. No entanto, esta manifestação volitiva da criança, por si só, não é o suficiente. Há que se considerar, também, a estabilidade, continuidade e a permanência na relação familiar.

Tratando-se de criança de tenra idade, deve-se levar em conta qual é a pessoa com quem a criança mantém laços mais fortes de afetividade e carinho e que possa lhe dar um atendimento diário às suas necessidades biofísicas e psicológicas. Daí a necessidade de um acompanhamento, pelo

menos temporariamente, dos desdobramentos familiares das decisões referentes à guarda, dando ao Magistrado a certeza de uma decisão coerente.

Enfim, o fator determinante para se garantir a Guarda a um dos pais deve estar na habilidade de se colocar o interesse da criança acima dos próprios interesses.

Destaque-se, ainda, que a Lei de Divórcio (Lei 6.515/77), em seu art. 13, autoriza ao Juiz, “*em qualquer caso e a bem dos filhos*”, regular a situação dos mesmos em relação aos pais. Abre, portanto, espaço para se atribuir a Guarda até mesmo para terceiros (avós, tios ou estranhos na relação familiar) na hipótese de graves conflitos entre os pais.

De qualquer forma, as decisões judiciais nessas hipóteses não fazem coisa julgada definitiva, permitindo alterações por iniciativa daquele que se mostra insatisfeito com as condições do resultado. Procedimentos judiciais conhecidos como *tutela de urgência*, a exemplo das medidas cautelares e antecipações de tutela, permitem iniciativas imediatas nos casos de violações de direitos fundamentais.

É necessário que os operadores de Direito, sobretudo, o Advogado, priorizem soluções amigáveis, desmotivando os pais contra disputas judiciais e ajudando-os a compreender que quando ganha um dos genitores, quem acaba por derrotado é a criança ou adolescente.

Por fim, cabe ressaltar que a aplicação do princípio do melhor interesse da criança por parte do magistrado não encerra um poder discricionário ilimitado. A consolidação de uma proteção especial à infância e adolescência por parte da Constituição e a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente incorporaram ao ordenamento jurídico pátrio o princípio do melhor interesse da criança.

Inobstante as inúmeras dificuldades que podem ser encontradas no que diz respeito ao grau de aplicabilidade do princípio em questão, enfatiza-se, mais uma vez, seu caráter normativo. É papel do magistrado prezar pela máximo grau de otimização do princípio do melhor interesse da criança, fazendo uso das regras constitucionais e infraconstitucionais que o respaldam.

No entanto, não há receita mágica para a identificação do melhor interesse da criança. Podemos apontar aqui como indicativos para tal identificação a *opção menos prejudicial* ou a que *cause menos dano à criança ou ao adolescente*. Cabe lembrar que as regras, sejam constitucionais ou infraconstitucionais, constituem apenas o primeiro grau de adensamento dos princípios constitucionais. Cabe notadamente ao Poder Judiciário, por meio de sua atividade jurisdicional, consolidar em sua prática diária, a aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

CONCLUSÃO

É indiscutível a atual confluência entre o público e o privado. Analisando estas mudanças, Maria Celina Bodin de MORAES esclarece que “(d)iante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o Direito Civil viu modificadas as funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes de um direito individualista dos séculos anteriores.”²⁷ A publicização do direito privado pode ser vislumbrada no fato de que os Códigos Civis perderam “a posição central que disputavam no sistema”, ocupada hoje pela Constituição Federal.

Esboça assim a fundação de um Direito Civil Constitucional, “um Direito Civil efetivamente transformado pela normativa constitucional”²⁸, como propõe a autora. Há nosso ordenamento de se render perante a supremacia da Constituição como o “coordenador” de todo o sistema jurídico, não só do Direito Civil, como sobre os demais campos.

Assim, ao se criarem novas áreas de especialização, fundadas em leis especiais, a exemplo das locações, da defesa do consumidor, da proteção ao meio ambiente, e mesmo, da criança e adolescente, não podemos nos abstrair dos princípios constitucionais que orientam todo o ordenamento jurídico. É nesta nova dimensão que colocamos o direito da criança e do adolescente, orientado por princípios constitucionais e entremeado de regras públicas e privadas.

Assim, tratando o direito da criança e do adolescente enquanto calca-do em direitos fundamentais constitucionalmente consolidados, defende-se a impossibilidade de emenda que fira a estrutura especialmente dedicada a estes sujeitos considerados pelo legislador em especial condição.

Postula-se ainda a definitiva consagração do melhor interesse da criança como regedor de toda forma de tratamento à criança e ao adolescente, seja este pautado pela conduta do Executivo, Legislativo e Judiciário. Somente assim poderá o direito da criança e do adolescente almejar para o terceiro milênio, a reconciliação do ser humano, com ele próprio e com a realidade do novo tempo.

Ao fim e ao cabo, a história da humanidade não é uma história de crianças. Estas sempre foram vistas restritamente como sujeitos em potencial. Cabe ao aplicador do direito consolidar na prática nova forma, com a qual a criança e o adolescente são vislumbrados por meio da Constituição de 88. Em meio ao naufrágio de todas as utopias, acreditamos que falar nos direitos da criança e do adolescente, é garantir simplesmente o direito de serem crianças e adolescentes, reconhecidas sua particularidades. □

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. "A caminho de um direito civil constitucional". In **Revista de Direito Civil**. nº 65. p. 21/32. Julho/setembro. 1993; p. 22.

²⁸ idem. p. 29.