

Pedro Affonso D. Hartung

LEVANDO OS DIREITOS  
DAS CRIANÇAS  
A SÉRIO

a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e  
melhor interesse da criança

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™



*Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais*

**JULIANA MAYUMI ONO**

*Gerente de Conteúdo*

**ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES**

*Editorial:* Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

*Gerente de Conteúdo Tax:* Vanessa Miranda de M. Pereira

*Direitos Autorais:* Viviane M. C. Carmezim

*Assistente de Conteúdo Editorial:* Juliana Menezes Drumond

*Analista de Conteúdo Editorial Júnior:* Bárbara Baraldi

*Estagiários:* Ana Carolina Francisco e Francisco Prado

*Produção Editorial*

*Gerente de Conteúdo*

**MILSA CRISTINE ROMERA**

*Especialistas Editoriais:* Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

*Analista de Projetos:* Thyara Pina da Silva

*Analistas de Operações Editoriais:* Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

*Analistas de Qualidade Editorial:* Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

*Estagiários:* Beatriz Hammond e Caroline Dubovicki

*Capa:* Linotec

*Líder de Inovações de Conteúdo para Print*

**CAMILLA FUREGATO DA SILVA**

1025870

*Equipe de Conteúdo Digital*

*Coordenação*

**MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO**

*Analistas:* Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

*Gerente de Operações e Produção Gráfica*

**MAURICIO ALVES MONTE**

*Analistas de Produção Gráfica:* Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

*Assistente de Produção Gráfica:* Ana Paula de Araújo Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Hartung, Pedro Affonso D.

Levando os direitos das crianças a sério : a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança / Pedro Affonso D. Hartung. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

Bibliografia.

ISBN 978-65-260-0666-5

1. Direitos das crianças - Brasil 2. Direitos fundamentais I. Título.

22-127700

CDU-347.157.1(81)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Brasil : Direitos das crianças 347.157.1(81)

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

## SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	7
INTRODUÇÃO.....	15
<b>1. A CRIANÇA NO DIREITO – DO BRASIL PRÉ-COLONIAL À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	<b>27</b>
1.1. O Brasil pré-colonial e o direito nativo das crianças indígenas.....	31
1.2. O Brasil Colônia (1500-1822) .....	35
1.2.1. Direito missionário, reduções e os povos indígenas.....	37
1.2.2. O Direito português na Colônia e as crianças livres .....	42
1.2.3. As crianças negras, o tráfico atlântico, a escravidão africana e as leis coloniais escravistas .....	48
1.2.4. A resistência e o direito consuetudinário nas comunidades quilombolas .....	53
1.3. As leis para as crianças do Império.....	57
1.4. A primeira República (1889-1930) .....	65
1.4.1. Código Penal Republicano de 1890 e as crianças “delinquentes” ....	67
1.4.2. Código Civil de 1916, “pátrio poder” e o instituto da adoção .....	68
1.4.3. Em busca de uma regulação e políticas públicas específicas para as crianças consideradas “abandonadas ou delinquentes” .....	71
1.4.4. Influência internacional .....	74
1.4.5. Leis de menores: a Lei n. 4.242 de 1921, Decreto Presidencial n. 16.272 de 1923 e Decreto n. 5.083 de 1926.....	76
1.4.5.1. O funcionamento do Juízo de Menores, o Código Mello Mattos em 1927 .....	83
1.5. O Estado Getulista (1930-1945).....	92
1.6. O período democrático (1945-1964).....	97
1.6.1. Influências internacionais .....	99

1.7. A ditadura civil-militar (1964-1985) .....	101
1.7.1. A política da Funabem, o anti-SAM .....	101
1.7.2. As Constituições de 1967 e 1969 e novas leis subsequentes.....	103
1.7.3. O Código de Menores de 1979 e as crianças em “situação irregular” .....	105
1.7.4. As crianças da ditadura: tortura, sequestro e violência.....	108
1.8. A Constituinte de 1987-1988 .....	113
1.8.1. O art. 226 da Constituição Federal de 1988 .....	114
1.8.2. A gênese do Artigo 227 da Constituição Federal de 1988 .....	117
1.9. A Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU de 1989 e outras influências internacionais.....	125
<b>2. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>131</b>
2.1. Crianças como sujeito de direitos e a Doutrina de Proteção Integral.....	133
2.1.1. Condição peculiar de desenvolvimento.....	138
2.1.2. Desenvolvimento progressivo das capacidades e habilidades .....	148
2.1.3. Proteção especial e integral.....	154
2.1.4. Modelos de regulação normativa das capacidades e habilidades da criança.....	160
2.2. Crianças como titulares de direitos fundamentais .....	164
2.2.1. Titularidade de direitos fundamentais em sentido estrito ( <i>Grundrechtsträgerschaft</i> ).....	166
2.2.2. A capacidade fática de realizar ou invocar por si próprio ( <i>Wahrnehmungsfähigkeit</i> ) direitos fundamentais.....	167
2.2.3. A autorização legal de realizar por si próprio ( <i>Wahrnehmungsberechtigung</i> ) direitos fundamentais.....	172
2.2.4. A reivindicação ( <i>Geltendmachung</i> ) processual dos direitos fundamentais.....	173
2.3. Os direitos fundamentais das crianças no Artigo 227.....	182
2.3.1. Direitos de defesa ou afastamento.....	184
2.3.2. Direitos às prestações em sentido amplo ou à ação estatal positiva .....	186
2.3.2.1. Direitos à proteção.....	186
2.3.2.2. Direitos à organização e procedimento.....	190
2.3.2.3. Direitos sociais ou direitos à prestação em sentido estrito....	192
2.3.3. Direito à igualdade .....	193

2.3.4. Direito à solidariedade.....	195
2.3.4.1. Solidariedade no direito público internacional.....	196
2.3.4.2. Solidariedade na Constituição brasileira de 1988.....	200
2.3.4.3. O direito fundamental da criança à solidariedade.....	203
2.4. Eficácia ou efeitos horizontais dos direitos fundamentais de crianças nas relações familiares e com outros agentes sociais.....	208
2.4.1. Modelos de efeitos indiretos e direitos—o modelo adequado proposto por Virgílio Afonso da Silva.....	212
2.4.2. Crianças, famílias e o poder familiar.....	215
2.4.3. Crianças e agentes particulares da sociedade.....	217
<b>3. O DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA À ABSOLUTA PRIORIDADE DOS SEUS DIREITOS E MELHOR INTERESSE.....</b>	<b>225</b>
3.1. A prioridade do melhor interesse da criança.....	227
3.1.1. As raízes jurídicas e históricas.....	227
3.1.2. A incorporação do instituto do melhor interesse da criança pela Convenção sobre os Direitos da Criança.....	236
3.1.3. Incorporação na legislação, na jurisprudência e na doutrina brasileiras.....	244
3.1.3.1. Questões terminológicas preliminares.....	244
3.1.3.2. Histórico nas legislações civis e de proteção à criança e nos tratados internacionais.....	246
3.1.3.3. Análise da jurisprudência no STF e no STJ.....	248
3.1.4. O direito fundamental da criança à prioridade do seu melhor interesse pela teoria dos princípios: prestações e solidariedade entre regras e princípios.....	254
3.2. A prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança.....	257
3.2.1. Fundamentos da garantia à absoluta prioridade da criança e seus direitos.....	258
3.2.2. Conteúdo substantivo da prioridade e seu detalhamento em leis, na doutrina e na jurisprudência.....	261
3.2.2.1. Detalhamento em legislações ordinárias e na doutrina de direito público.....	262
3.2.2.2. Modelo interseccional de escalonamento de prioridades.....	281
3.2.2.3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).....	283
3.3. Um direito fundamental completo e uma razão de segunda ordem.....	295

3.3.1. Como direito fundamental de defesa .....	297
3.3.2. Como direito de prestação ou ação positiva estatal .....	297
3.3.3. Como direito de igualdade.....	298
3.3.4. Como direito de solidariedade .....	299
<b>4. PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA: UM DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO À LUZ DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS .....</b>	<b>301</b>
4.1. Interpretação constitucional de Direitos Fundamentais e a Teoria dos Princípios .....	304
4.1.1. Interpretação de direitos fundamentais e justificação decisória .....	310
4.1.2. Teoria dos Princípios de Robert Alexy .....	312
4.2. A qualificação como absoluta prioridade dos direitos fundamentais e do melhor interesse da criança .....	317
4.2.1. A doutrina brasileira e a interpretação constitucional da norma da absoluta prioridade pelos cânones de interpretação .....	318
4.2.2. Debates acerca da absolutez de direitos fundamentais na teoria dos princípios e no âmbito da proporcionalidade.....	323
4.2.2.1. Posicionamento absolutista.....	323
4.2.2.2. Posicionamento da teoria pura dos princípios .....	327
4.2.2.3. Posicionamento excepcionalista .....	330
4.2.2.4. Posicionamento do duplo aspecto .....	330
4.2.3. Modelo de aplicação do direito fundamental considerado expressamente como absoluto .....	337
4.3. A prioridade absoluta da criança, seus direitos e melhor interesse: regra definitiva e princípio com grande peso abstrato.....	344
<b>5. A AFERIÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: O CASO DA SUSPENSÃO OU DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR .....</b>	<b>349</b>
5.1. A indefinição e ampla abrangência dos conceitos de negligência, abandono e cuidado parental .....	352
5.2. Formação profissional, estrutura e recursos adequados no Sistema de Justiça.....	360
5.3. Processos judiciais acessíveis, sensíveis e amigáveis .....	365
5.4. Um ecossistema plural de políticas públicas para crianças sem cuidado parental, com foco na família acolhedora.....	372
5.5. Um modelo para maior racionalidade nas decisões sobre o melhor interesse: o sopesamento entre direitos da própria criança compartilhado por uma comunidade plural de intérpretes .....	377

5.5.1. Modelo analítico-interpretativo constelar do melhor interesse da criança .....	382
5.5.1.1. Delimitação do universo normativo do problema.....	383
5.5.1.2. Identificação da rede de normas aplicáveis .....	383
5.5.1.3. Aplicação das regras por subsunção, silogismo e modelo estruturado de argumentação.....	389
5.5.1.4. Aplicação da regra de proporcionalidade para definição do melhor interesse da criança .....	394
5.5.1.5. Incertezas epistêmicas e os princípios formais.....	404
CONCLUSÃO.....	409
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	413