

A CRIANÇA E O *JUS COGENS*¹

Karlin Olbertz²

RESUMO

A criança foi reconhecida como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento inicialmente no âmbito internacional, sendo precursora a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959. Desde então diversos documentos internacionais vêm aclamado a proteção à infância, especialmente a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, cuja análise leva à constatação de que os direitos infanto-juvenis são normas de *jus cogens*.

ABSTRACT

The child was recognized as a person in peculiar condition of development initially in international scope, by the Universal Declaration of the Rights of the Child (1959). Since then, many international documents have acclaimed the protection of children, speccially the Convention of the Rights of the Child (1989), whose analysis concludes that the rights of children and young people are norms of *jus cogens*.

Palavras-chave: Direito Internacional, criança, *jus cogens*.

Keywords: International Law, child, *jus cogens*.

¹ A palavra “criança”, nos termos do art. 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, diz respeito a todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, sentido com que será usada neste trabalho. Vale dizer que o ordenamento jurídico brasileiro (art. 2º da Lei 8069/1990) tem por criança toda pessoa com menos de doze anos de idade, e adolescente toda pessoa com idade entre doze e dezoito anos.

² Acadêmica de Direito da UFPR e pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional da UFPR.

1 A CRIANÇA DESCOBERTA

O reconhecimento da criança como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento é recente na história ocidental. Conta ARIÈS que na Europa Medieval crianças e adolescentes eram considerados apenas homens e mulheres menores, que em nada se diferenciavam dos adultos, a não ser pelo tamanho e força.

A arte, por exemplo, desconhecia a infância até o século XIII, quando surgiram seus primeiros modelos representativos – o anjo adolescente, o menino Jesus e a criança nua. Como lembra ARIÈS, as cenas contendo tais modelos sequer se prestavam a descrever a infância, possuindo outros motivos.

No período de expansionismo europeu, segundo CUSTÓDIO e VERONESE, a expectativa de vida das crianças limitava-se aos quatorze anos de idade, sendo que, dos nascidos vivos, cinquenta por cento morriam antes de completar sete anos de idade. Muitos meninos trabalhavam nas embarcações, principalmente portuguesas, cuja opção pela mão-de-obra infantil deu-se para solução dos problemas urbanos, esvaziando de alguma forma os grandes centros, bem como pela baixa remuneração e pouca comida necessária. Neste contexto, os meninos

eram vítimas de toda ordem de privações; além das pesadas jornadas de trabalho, sua alimentação era deficiente provocando doenças graves que podiam levar a morte como inanição e escorbuto. Também não tinham espaços de privacidade, sendo objeto de abusos e violências provocadas pelos adultos.³

Foi apenas nos séculos XVII e XVIII, com a “*cristalização mais profunda dos costumes*”⁴, em virtude das tendências reformadoras da Igreja e da posterior industrialização, que o sentimento de desprezo para com a criança

³ CUSTÓDIO, André Vianna; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 19.

⁴ ARIÈS, Phillipe. *História social da criança e da família*. Tradução: Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981, p. 61.

deu lugar à preocupação. Relata ARIÈS:

A família começou então a se organizar em torno da criança e a lhe dar uma tal importância que a criança saiu de seu antigo anonimato, que se tornou impossível perdê-la ou substituí-la sem uma enorme dor, que ela não pôde mais ser reproduzida muitas vezes, e que se tornou necessário limitar seu número para melhor cuidar dela.⁵

No Brasil também é o século XVII que marca o início da preocupação com a infância, segundo PEREIRA (1993), ilustrada pela construção da Roda dos Expostos, na Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro. Tratava-se de uma caixa em roda giratória para onde as crianças enjeitadas podiam ser levadas, sem que se soubesse de sua origem, sendo então recolhidas por enfermeiras. As péssimas condições às quais eram submetidas as crianças nas Rodas provocou movimento para sua extinção; ainda assim, de acordo com CUSTÓDIO e VERONESE, a roda do Rio de Janeiro foi fechada tão somente em 1938, a de Porto Alegre em 1940, e as rodas de São Paulo e Salvador sobreviveram até 1950, as últimas em todo o mundo ocidental.

Ocorre que a preocupação inicial dirigida à criança no Brasil caracterizou-se pela punição do “menor delinqüente”, agregada posteriormente à prevenção e tratamento do “menor em situação irregular”. Neste contexto, a criança era objeto de providências dos adultos, protegida reflexamente, em razão do interesse destes, como lembra PAULA.

Tal conjuntura só foi alterada no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/1990), comprometidos com a denominada Doutrina da Proteção Integral, assumida já nos documentos internacionais.

A Doutrina da Proteção Integral, imbuída de viés emancipatório, resgata à personalização os “menores”, dando-lhes o valor especial de pessoas em condição peculiar de desenvolvimento e titulares de direitos fundamentais e especiais. Mais do que isso, declara a proteção e o cuidado integral de todas as crianças e adolescentes (não apenas dos “menores em

⁵ ARIÈS, Phillipe. *História social da criança e da família*. Tradução: Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981, p. 12.

situação irregular”), ou seja, de todas as esferas que compõem suas vidas. Conclama, ainda, na defesa dos direitos infanto-juvenis, a atuação de toda a sociedade.

2 A CRIANÇA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

A necessidade de proteção especial à criança e ao adolescente foi proclamada pela Declaração de Genebra de 1924, aprovada por Assembléia da então Liga das Nações. A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, corroborou com o intuito, ao dispor, em seu art. 25, que “*a infância tem direito a cuidados e proteção especiais*”. Finalmente, em 1959, tomou parte como documento internacional a Declaração Universal dos Direitos da Criança, arrolando ao todo dez princípios, todos voltados à proteção, cuidado e bem-estar da infância.

No ano de 1969 foi aprovada em nosso continente a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San Jose da Costa Rica⁶. Contém em seu art. 19 a determinação de que “*toda criança terá direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado*”. Vale dizer que a obrigação do Estado de garantir este direito não poderá ser suspensa em caso de guerra, perigo público ou outra emergência, de acordo com o art. 27, 1 e 2, do mesmo documento.

Já em 1985 a ONU instituiu regras mínimas para a administração da Justiça da Infância e da Juventude, conhecidas como Regras de Beijing, disciplinadoras dos procedimentos e serviços relativos aos jovens infratores.

1989 foi o ano da aprovação do mais significativo instrumento internacional de garantia dos direitos da criança e do adolescente: a Convenção sobre os Direitos da Criança⁷, aprovada por unanimidade em assembléia geral da ONU, após dez anos de trabalho. Difere-se da Declaração por ser coercitiva, vez que convenções internacionais obrigam os Estados pactuantes, oferecendo mecanismos de fiscalização e controle, enquanto declarações são apenas orientadoras.

⁶ O Brasil, renitente na delonga em internalizar instrumentos internacionais, só ratificou esta Convenção em 1992.

⁷ A Convenção foi efetivamente internalizada pelo direito brasileiro quando da promulgação do Decreto 99.710/1990.

Segundo dados do UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância⁸, 192 países ratificaram a Convenção, o que faz dela o documento de direitos humanos mais aceito na história universal. Não tomaram parte, por ratificação, apenas os Estados Unidos da América e a Somália, muito embora tenham assinado formalmente o documento.

PEREIRA (1992) faz referência à Convenção como representativa do “*mínimo que toda sociedade deve garantir às suas crianças*”⁹. Afirma que o desafio maior foi a definição de quais direitos poderiam ser comuns a nações tão diferentes. Sistematiza também os princípios estabelecidos pela Convenção, orientadores dos Estados nas modificações de suas legislações. São eles: 1) o reconhecimento de direitos fundamentais, propostos pela Convenção em número de quatro, quais sejam, o direito à sobrevivência, ao desenvolvimento, à proteção e à participação; 2) a proteção integral da criança; 3) a prioridade imediata para a infância; 4) o interesse maior da criança; e 5) a família como grupo social primário e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de seus membros, especialmente das crianças.

No texto da Convenção constam ainda direitos fundamentais, como o direito ao nome, à nacionalidade, à educação, e referências ao instituto da adoção, na busca da igualdade de direitos no país adotante e do combate ao tráfico de crianças.

No que concerne a instrumentos internacionais de proteção e cuidado à infância e juventude, devem ser citadas ainda as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1990 (Diretrizes de Riad), e que pedem a atuação preventiva de toda a sociedade; bem como as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade, também de 1990, visando o combate dos efeitos nocivos de qualquer tipo de privação de liberdade e a reintegração na sociedade.

Além disso, acrescente-se a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, concluída na Haia, pelo que também é conhecida por Convenção de Haia de

⁸ Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/dir_cri.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2007.

⁹ PEREIRA, Tânia da Silva. A convenção sobre os direitos da criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 60, p. 23, 1992.

1993, cujo objetivo é estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam realizadas de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, instaurando-se um sistema de cooperação entre os Estados, para prevenção, inclusive, do tráfico de crianças.

Igualmente deve-se mencionar que há muitos documentos internacionais de direito humanitário que determinam a proteção especial das crianças durante os conflitos armados, “*idéia presente em todos os países*”¹⁰, segundo MELLO.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) também é responsável por documentos de proteção à infância, especialmente no âmbito das limitações ao trabalho, tanto que adota por fim e objetivo a proteção das crianças como elemento indispensável da justiça social, o que consta da Declaração de Filadélfia de 1944.

Por fim, anote-se a Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em 1999, cujo intuito é dar cabo à escravidão e práticas análogas, prostituição e produção de material pornográfico, atividades ilícitas e todo trabalho que, por sua natureza ou condições, possa prejudicar a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

¹⁰ MELLO, Celso. A Criança no Direito Humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 411.

3 OS DIREITOS DA CRIANÇA COMO NORMAS DE *JUS COGENS*

O art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, inaugurou oficialmente no direito internacional a categoria do *jus cogens*, ou “normas imperativas de Direito Internacional Público”. Nos termos do artigo, norma de *jus cogens* é aquela “da qual nenhuma derrogação é permitida, e que só pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza”, sendo “aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto”. Inadmite-se qualquer tipo de limitação a este tipo de norma, tanto que a Convenção de Viena sobre Direito do Tratados também declara nulo o tratado com ela conflitante.

Ora, como dito, a Convenção Americana de Direitos Humanos determina em seu art. 27, 1 e 2, que a obrigação dos Estados de garantir os direitos da criança não será suspensa em caso algum de emergência. Com lembra FRIEDRICH, “*dentre os diversos princípios que regem o ‘estado de emergência’ no direito internacional está o princípio da não-derrogação dos direitos fundamentais*”¹¹.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, por sua vez, para MELLO

tem a peculiaridade de ser toda ela formada por cláusulas pétreas, isto é, elas devem ser respeitadas em todas as situações. Não é como ocorre com os tratados de direitos humanos que em determinadas situações de emergência têm grande parte de suas cláusulas suspensas.¹²

Muitas são as divergências sobre quais seriam normas de *jus cogens* nos diplomas internacionais, no campo dos direitos humanos. FRIEDRICH traz posições de autores que entendem 1) que todos os direitos humanos estariam enquadrados na categoria, 2) que só aqueles previstos em determinados textos internacionais, cuja categorização deve ser constantemente aplicada, e 3) que

¹¹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público – jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 104.

¹² MELLO, Celso. A Criança no Direito Humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 497.

somente as regras de direitos humanos que, mesmo em situações limítrofes, de estado de emergência, devam continuar sendo observadas e respeitadas.

Ressalte-se que mesmo esta última posição, a mais restritiva quanto à abrangência do instituto às normas de direitos humanos, abarcaria os direitos da criança como sendo de *jus cogens*. Porque, repita-se, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece, em seu art. 27, 1 e 2, que os direitos da criança não poderão ser suspensos pelos Estados-partes, em qualquer situação, bem como MELLO enuncia que as cláusulas da Convenção sobre os Direitos da Criança são pétreas, não passíveis de suspensões. Tudo leva à adequação dos direitos da criança à categoria de *jus cogens*, tamanha é sua importância para a comunidade internacional.

Recorde-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança é o documento de direitos humanos mais aceito no planeta, pelo que o requisito à categorização de *jus cogens*, de aceitabilidade e reconhecimento pela comunidade internacional dos Estados em seu conjunto, resta evidenciado.

É para o sentido da imperatividade dos direitos da criança e do adolescente que aponta a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim demonstra por exemplo a Opinião Consultiva OC-17/02, sobre a condição jurídica e os direitos humanos da criança, presidida pelo então Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. CANÇADO TRINDADE vota pela proteção dos direitos da criança como obrigação de caráter *erga omnes*, titularizada tanto pelos Estados quanto pelos particulares. Sabe-se que as obrigações de caráter *erga omnes* são oriundas do *jus cogens*, como afirma o mesmo Juiz em outro voto, proferido no procedimento de Medidas Provisórias com Respeito à República Federativa do Brasil, tendo por assunto os adolescentes privados de liberdade no Complexo Tatuapé da Fundação CASA.

CANÇADO TRINDADE conclui neste voto que

desse modo, em sua jurisprudência recente em matéria tanto *consultiva* como *contenciosa*, a Corte Interamericana tem sustentado a preservação dos direitos substantivos e processais da criança em todas e quaisquer circunstâncias.¹³

¹³ Item 11 do voto. Corte IDH. Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complejo do Tatuapé" da FEBEM . Medidas Provisionales Respecto a Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criança foi objeto de descaso e exploração ao longo da história, tendo sua subjetividade reconhecida apenas no último século. Hoje é titular de direitos e não apenas objeto de medidas preventivas ou correicionais, sendo-lhe dirigida proteção integral por parte do Estado, família e sociedade.

A impossibilidade de supressão pelos Estados das normas protetivas da infância e juventude em casos de emergência, nos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, a constatação de que as normas da Convenção sobre os Direitos da Criança são cláusulas pétreas, bem como a enorme recepção pela comunidade internacional deste diploma, levam à conclusão de que as normas protetivas da criança são normas de *jus cogens*.

É obrigação *erga omnes* a proteção e garantia dos direitos infanto-juvenis, competindo a todos os Estados e indivíduos, o que vem sendo declarado pela jurisprudência internacional, de maneira a certificar o caráter de *jus cogens* destes direitos.

REFERÊNCIAS

ARIÈS, PHILLIPE. *História social da criança e da família*. Tradução: Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1981, p. 12.

Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>. Acesso em: 10 de outubro de 2007.

Corte IDH. *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complejo do Tatuapé" da FEBEM*. Medidas Provisionales Respecto a Brasil. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm>. Acesso em: 10 de outubro de 2007.

CUSTÓDIO, André Vianna; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 19.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA – UNICEF. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/dir_cri.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2007.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. *As normas imperativas de direito internacional público – jus cogens*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MELLO, Celso. A Criança no Direito Humanitário. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PAULA, Paulo Afonso Garrido. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. A convenção sobre os direitos da criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 60, p. 23, 1992.

PEREIRA, Tânia da Silva. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.