

A VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DE CASOS E DE FORMAS DE INCORPORAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Elisa Costa Cruz^[85]

INTRODUÇÃO AO TEMA: O QUE É SER CRIANÇA?

Este artigo precisa, logo de início, enfrentar uma pertinente questão: quem é e como se define criança? No Brasil, de acordo com o art. 2º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) –, criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente é aquela entre 12 e 18 anos de idade. A Convenção sobre Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1989 e incorporada ao ordenamento pátrio em novembro de 1990, define criança, no seu art. 1º, como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

Não se sabe exatamente por que o Brasil optou por distinguir crianças de adolescentes, mas uma ideia é que isso tenha ocorrido para delimitar a idade a partir da qual uma criança poderia ser responsabilizada por ato infracional. Daí, delimitar a idade em 12 anos e qualificar a pessoa acima dessa faixa etária como adolescente serviria como marco normativo. De qualquer forma, é perceptível que tanto a lei brasileira quanto o tratado internacional elegeem um critério biológico – a idade – para definir criança^[86] como toda pessoa até 18 anos incompletos.

⁸⁵ Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro. Mestre e doutoranda em Direito Civil pela UERJ. Professora na UFRJ/FND. E-mail: elisa.defensoriarj@gmail.com

⁸⁶ Utilizaremos nesse artigo a expressão “criança” para significar todas as pessoas até dezoito anos incompletos, seguindo o texto do art. 1º da Convenção sobre Direitos da Criança.

A existência de uma definição representa inovação no cenário normativo, pois nenhuma norma nacional ou internacional anteriormente buscou definir criança e quais seriam seus direitos. A Declaração de Genebra, de 1924, e a Declaração de Direitos da Criança, de 1959, buscaram delimitar as proteções específicas que deveriam ser reconhecidas a crianças, mas falharam tanto pela ausência de definição clara do seu objeto quanto por lhes faltarem coercitividade pela natureza jurídica de declarações e não de tratados (BOBBIO, 2004). A Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989, corrigiu as deficiências anteriores e foi além, definindo o conceito de criança para delimitar seu âmbito de atuação, bem como assegurando-lhe direitos políticos e de proteção (ROSENBERG; MARIANO, 2010).

Essa nova perspectiva filosófica sobre criança inspirou a Lei nº 8.069/90, que abandonou a consagrada teoria da situação irregular^[87] para acolher a doutrina da proteção integral, segundo a qual “toda criança e adolescente são mercedores de direitos próprios e especiais que, em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral” (VERONESE, 2013, p. 49).

A doutrina da proteção integral, na verdade, deixa claro um segundo e mais significativo avanço dos direitos da criança: a sua consideração como pessoa, portanto, detentora de plenos direitos, tal como previsto, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948^[88] e no Pacto de São José da Costa Rica.^[89]

Apesar de parecer que a idade é o único elemento para definição de criança, isso não corresponde à realidade. Em verdade, essa demarcação surgiu como consequência da compreensão, a partir de dados sociais, econômicos, políticos,

⁸⁷ Vide arts. 14, 26 e 28 do Decreto nº 17.943-A/27 e art. 2º da Lei nº 6.697/77.

⁸⁸ Art. 1 da Declaração: “Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”

⁸⁹ Arts. 1º e 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Art. 1. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Art. 19. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

médicos, antropológicos etc., conforme demonstram especialmente as pesquisas em neurociência.^[90]

Veja-se: a condição de peculiar desenvolvimento da criança funciona, por um lado, como qualificação do grupo, junto com o critério biológico, e, de outro, como circunstância que exige a adoção de medidas de proteção para permitir o desenvolvimento de crianças. Há, assim, o reconhecimento de uma situação de vulnerabilidade a que as crianças estão sujeitas, considerando o seu grau de desenvolvimento biopsíquico inferior ao dos adultos e que essa condição as conduz a um estado de dependência natural.^[91]

⁹⁰ Veja-se, em inglês: JOHNSON, Sara B.; BLUM, Robert W; GIEDD, Jay N. Adolescent maturity and the brain: the promise and pitfalls of neuroscience research in adolescent health policy. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2892678/>>. Acesso em: 3 set. 2018.

Em português, sugerem-se as matérias disponíveis em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-42747453>> e <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/adolescencia-agora-vai-ate-os-24-anos-de-idade-e-nao-so-ate-os-19-defendem-cientistas.ghtml>>. Acesso em: 3 set. 2018. Nesse sentido, também:

"1. Childhood is understood as a social construction. As such it provides an interpretive frame for contextualizing the early years of human life. Childhood, as distinct from biological immaturity, is neither a natural nor a universal feature of human groups but appears as a specific structural and cultural component of many societies." (PROUT, Alan; JAMES, Allison. A new paradigm for the sociology of childhood? Provenance, promise and problems. IN: PROUT, Alan; JAMES, Allison. Constructing an reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood. New York: Routledge, 1997). Tradução livre:

"1. Infância deve ser compreendida como uma construção social e como tal ela oferece contornos que permitem contextualizar os primeiros anos da vida humana. Infância, diferentemente de imaturidade biológica, não é nem natural nem uma característica universal de grupos humanos, mas aparece como um componente específico da estrutura e cultura de muitas sociedades".

⁹¹ A criança como pessoa em situação de vulnerabilidade vai ao encontro da definição de vulnerabilidade constante das 100 Regras de Brasília:

"(3) Consideram-se em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercer com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

(4) Poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, as seguintes: a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade.

A concreta determinação das pessoas em condição de vulnerabilidade em cada país dependerá das suas características específicas, ou inclusive do seu nível de desenvolvimento social econômico.

(5) Considera-se criança e adolescente todas as pessoas menor de dezoito anos de idade, salvo se tiver alcançado antes a maioridade em virtude da legislação nacional aplicável.

Toda a criança e adolescente deve ser objeto de uma especial tutela por parte dos órgãos do sistema de justiça em consideração ao seu desenvolvimento evolutivo." Texto disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2018.

A vulnerabilidade de crianças e as formas de proteção já foram objeto de análise pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas sentenças merecem ser analisadas, pois servem de parâmetro na construção de instrumentos para a efetiva proteção e prevenção de violação a direitos da criança.

1. OS CASOS SUBMETIDOS À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) dispõe de cinco sentenças que analisam em profundidade os direitos de crianças a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Isso não significa que não existam outras sentenças ou documentos da Corte e da Comissão sobre o assunto, mas cinco deles destacam-se por tratarem especificamente da matéria.^[92]

1.1. As crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana

Dilcia Yean é filha de Leonidas Oliven Yean e tem ascendência haitiana pelo lado materno e paterno. Nasceu em 15 de abril de 1996 na República Dominicana. Violeta Bosico nasceu em 13 de março de 1985 na República Dominicana. É filha de Tiramén Bosico Cofi (mãe) e Delima Richard (pai). O pai e o avô materno são haitianos. Nenhuma foi registrada logo ao nascer.

A informação sobre a ascendência haitiana é relevante porque ficou apurado que a República Dominicana impõe obstáculos ao registro civil de nascimento de haitianos ou pessoas com ascendência haitianas, pessoas que vivem em situação de miserabilidade e a maioria indocumentada.

Segundo a Corte IDH, os haitianos ou dominicanos de ascendência haitiana, em sua maioria, recorrem a procedimento de registro tardio de nascimento para declarar os filhos e filhas nascidas no país dadas as dificuldades econômicas para locomoverem-se até o local de realização do registro, assim como o temor de serem deportados. Mas, de acordo com a Constituição do país, são haitianas todas as pessoas que nascem em seu território (princípio do *ius soli*).

O pedido de registro tardio de nascimento foi inicialmente feito em 1997 e só obtiveram o documento em 25 de setembro de 2001, após a concessão de medidas cautelares pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

⁹² Para a compreensão dos processos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sugere-se a leitura dos arts. 52 a 69 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na sentença, a Corte entendeu que foram violados os direitos à nacionalidade, como direito fundamental da pessoa, e o direito à conexão de um indivíduo a um Estado, porque as crianças e suas respectivas mães nasceram em território dominicano. Aplicam-se a elas, portanto, o princípio do *ius soli*, previsto no art. 14 da Constituição da República Dominicana. Entendeu, ainda, a Corte que o Estado não conseguiu comprovar que seria possível aplicar as exceções sobre pessoa em trânsito, que lhes retiraria o direito à cidadania dominicana. Ainda sobre a nacionalidade, considerou-se que: i) as exigências feitas para o registro tardio foram desproporcionais e discriminatórias, pois constituíam exigências não aplicáveis a todas as pessoas que estariam nas mesmas condições que elas, agravadas pelo contexto de discriminação de pessoas com ascendência haitiana; ii) a vulnerabilidade decorrente da situação de apátrida comprometeu o livre desenvolvimento de suas personalidades, bem como o acesso a direitos e a proteção especial de que são titulares; iii) a situação de apátridas retirou a possibilidade de existência jurídica das crianças e, assim, no caso concreto, a sua condição de sujeito de direitos perante o Estado e a sociedade; e iv) o Estado violou o direito ao nome, por não haver assegurado o registro civil de nascimento com o nome escolhido pela pessoa ou por seus pais. Essa situação foi agravada quando Violeta Bosico precisou, ainda criança, mudar do curso escolar diurno para o noturno, específico para pessoas com mais de 18 anos, em razão da falta de registro civil de nascimento. Por fim, foi violada a integridade psíquica das mães da criança e da irmã de Violeta Bosico em razão do sofrimento pela insegurança da situação de vulnerabilidade.

Como reparação pelas violações causadas, a Corte condenou o Estado a: i) publicar os pontos resolutivos da sentença no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional; ii) realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade e pedido de desculpas às vítimas, suas mães e irmã, no prazo de seis meses, com a participação das autoridades estatais, da vítima e de seus familiares, com transmissão dos meios de comunicação; iii) adotar medidas administrativas e legislativas para regular o procedimento e os requisitos para o registro tardio de nascimento, inclusive com previsão de recurso caso seja negado o registro; e iv) pagar indenização por danos não patrimoniais às vítimas e pelos custos e gastos gerados com a judicialização.

1.2. A comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai

Cuida-se de caso cuja história remete a 1991, quando a Comunidade Sawhoyamaxa iniciou um processo de reivindicação de suas terras ancestrais. Em 1996, sem ter obtido resultado favorável, solicitaram mediação com os proprietários particulares das terras, de modo a buscar uma saída negociada,

sem qualquer sucesso. Em 1997, os líderes da Comunidade Sawhoyamaxa apresentaram um projeto de lei para que as terras fossem declaradas de interesse público e expropriadas em favor do Instituto Paraguai do Indígena, mas o projeto de lei foi rejeitado.

Em razão das medidas adotadas para reivindicação das terras ancestrais, por pressão dos proprietários particulares, a Comunidade Sawhoyamaxa vivia sob condição de extrema pobreza, com baixos níveis de atendimento em saúde, trabalho escravo e restrições para cultivo e práticas de atividades tradicionais de subsistência.

Para a Corte, ficou provado na sentença de 29 de março de 2006 que: i) houve progressiva transferência das terras indígenas à população não indígena, com projeção negativa nas práticas de subsistência da população indígena e maior dependência ao trabalho assalariado; ii) as terras reivindicadas são adequadas para proporcionar aos membros da comunidade a continuidade de suas atividades de subsistência; iii) os membros da Comunidade Sawhoyamaxa viviam em situação de pobreza extrema por estarem impossibilitados de ingressar nos territórios que reivindicavam para caçar, pescar e fazer coleta, por sofrerem com a escassez de água potável e por não poderem desenvolver atividades de cultivo para a subsistência; iv) há dificuldade para registro de nascimento e óbito, bem como alteração de estado civil; e v) os membros da Comunidade Sawhoyamaxa morreram em razão das condições precárias de vida, especialmente crianças e idosos.

Diante desse cenário de prova e tratando especificamente da violação ao direito das crianças, a Corte concluiu que, quanto à vida das crianças, o Estado teria, além das obrigações comuns a todas as pessoas, a obrigação de assumir sua posição de especial garantidor do princípio do melhor interesse da criança. As medidas de reparação impostas referem-se essencialmente à demarcação das terras ancestrais da comunidade e a cuidado de seus membros, inclusive com reparação pecuniária. Não houve reparação especificamente direcionada às crianças da comunidade.

1.3. A comunidade indígena Xámok Kásek vs. Paraguai

Assim como no caso da Comunidade Sawhoyamaxa, houve violação do direito à propriedade ancestral de terras da Comunidade Xámok Kásek. O impedimento ao acesso às terras ancestrais conduziu os membros da comunidade a um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária que ameaçava de forma contínua a sobrevivência dos membros da comunidade e a sua integridade.

Na sentença, datada de 24 de agosto de 2010, a Corte voltou a afirmar que “[...] a prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos das crianças, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira a menores de idade”. Destacou-se, especificamente, que a falta de acesso à água potável e à alimentação adequada afetou o desenvolvimento e o crescimento das crianças e ocasionou altos índices de desnutrição entre elas. Reportou-se a ocorrência de 11 mortes de crianças, dentre as 13 ocorridas na comunidade, todas por causas que poderiam ter sido prevenidas com atendimento médico ou assistência adequada por parte do Estado. Sobre o direito à identidade cultural, salientou-se que a falta de demarcação do território importou perda de práticas tradicionais, como os rituais de iniciação feminina ou masculina e as línguas da comunidade.

Como medidas de reparação, foram determinadas: i) demarcação das terras e titulação da Comunidade Xámok Kásek; ii) realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade estatal; iii) criação, na comunidade, de posto de saúde permanente, com medicamentos e insumos necessários para o atendimento de saúde adequado, o qual deveria ser trasladado ao lugar onde a comunidade seria assentada definitivamente; iv) realização de um programa de registro e documentação; v) instituição de um sistema eficaz de reclamação de terras ancestrais ou tradicionais dos povos indígenas; e vi) pagamento para efeito de reparação patrimonial.

1.4. Atala Riffo e crianças vs. Chile

O caso Atala Riffo e crianças refere-se à violação de direitos humanos pelo Poder Judiciário chileno que alterou sistema de guarda de crianças em favor do pai quando a mãe iniciou união estável homoafetiva. Em janeiro de 2003, o pai das crianças deu início a um processo de guarda e custódia perante o Juizado de Menores de Villarica, obtendo decisão favorável em maio de 2004, quando a Quarta Turma da Corte Suprema de Justiça do Chile acolheu seu recurso e lhe concedeu a guarda definitiva.

O trecho mais relevante da sentença quanto ao direito de criança é o item 4, que trata “[d]o princípio do interesse superior da criança e as presunções de risco”. Vale a pena reproduzir trechos da sentença pela especificidade com que o princípio foi tratado:

108. O objetivo geral de proteger o princípio do interesse superior da criança é, em si mesmo, um fim legítimo, além de imperioso. Em relação ao interesse superior da criança, a

Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades. Nesse sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta requer “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana assinala que deve receber “medidas especiais de proteção”.

109. A Corte também constata que a determinação do interesse superior da criança, em casos de cuidado e guarda de menores de idade, deve se basear na avaliação dos comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança, conforme o caso, nos danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários. Portanto, não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais da família.

110. Concluindo, a Corte Interamericana observa que ao ser, de maneira abstrata, o “interesse superior da criança” um fim legítimo, a mera referência a ele, sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a orientação sexual da mãe para as crianças, não pode constituir medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa. O interesse superior da criança não pode ser usado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai, em virtude da orientação sexual de qualquer deles. Desse modo, o julgador não pode levar em consideração essa condição social como elemento para decidir sobre uma guarda ou tutela.

111. Uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança. A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconceções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças.

112. Por outro lado, o Tribunal ressalta que, embora no processo de guarda tenha sido produzida prova relacionada com algumas alegações específicas do Estado sobre como o pai supostamente ofereceria melhor ambiente para as crianças, a Corte só levará em conta, para a análise da adequação da medida, as provas e argumentação que tenham sido explicitamente utilizadas para a motivação de suas decisões pela Corte Suprema ou pelo Juizado de Menores de Villarrica na decisão de guarda provisória (pags. 41 e 56 supra).

113. O Tribunal constata que a Corte Suprema de Justiça mencionou quatro fundamentos diretamente relacionados com a orientação sexual da senhora Atala: i) a suposta discriminação social que teriam sofrido as três crianças pelo exercício da orientação sexual da senhora Atala; ii) a alegada confusão de papéis que teriam apresentado as três crianças em consequência da convivência da mãe com uma companheira do mesmo sexo; 129 iii) a suposta prioridade que a senhora Atala teria atribuído à sua vida pessoal em relação aos interesses das três filhas; 130 e iv) o direito das crianças de viver numa família com um pai e uma mãe. A Corte Suprema concluiu que os juízes recorridos falharam ao “não ter avaliado de maneira estritamente consciente os antecedentes probatórios do processo” e que ao “ter preterido o direito preferencial das menores [de idade] de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio, haviam incorrido em falta ou abuso grave, que devia ser corrigido mediante o acolhimento do presente [...] recurso de agravo”. A decisão de guarda provisória utilizou como fundamento principal a suposta prioridade de interesses e o alegado direito das crianças de viver em uma família tradicional (par. 41 supra), razão pela qual nesses pontos o exame se realizará de maneira conjunta.

114. Levando em conta o acima exposto, a Corte passa a analisar se esses argumentos eram adequados para cumprir a finalidade declarada pela sentença da Corte Suprema e pela decisão do Juizado de Menores de Villarrica, isto é, a proteção do interesse superior das três crianças.

Com base nessas premissas, conclui a Corte que uma possível discriminação social, motivada pelas condições do pai ou da mãe, não é argumento adequado a proteger o interesse superior das crianças; que não havia dano concreto e específico às crianças pela convivência da mãe com uma companheira; e que não é possível interpretar o direito à família como o direito a uma família tradicional.

Outro ponto importante nessa sentença é pertinente ao direito da criança a ser ouvida. Embora, no caso, a Corte tenha afirmado que a (re)oitiva de uma criança precise considerar possíveis efeitos traumáticos que possam advir do ato, entendeu que houve violação ao direito de ser ouvida quando a decisão baseou-se abstratamente no princípio do melhor interesse, sem, contudo, referenciar como e em que medida o princípio estava sendo violado. E adotou o entendimento do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas nas especificações do alcance do direito de manifestação da criança (art. 12 da Convenção sobre Direitos da Criança):

198. Com a finalidade de determinar o alcance dos termos descritos no artigo 12 dessa Convenção, o Comitê definiu uma série de especificações, a saber: i) “não [se] pode partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões”; ii) “a criança não deve ter necessariamente um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto”; iii) a criança pode expressar suas opiniões sem pressão, e pode escolher se quer ou não exercer o direito de ser ouvida; iv) “a realização do direito da criança de expressar suas opiniões exige que os responsáveis por ouvi-la e seus pais ou tutores informem a criança sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências”; v) “a capacidade da criança [...] deve ser avaliada para que se levem devidamente em conta suas opiniões ou para a ela comunicar a influência que essas opiniões tiveram no resultado do processo”; e vi) “os níveis de compreensão das crianças não se vinculam de maneira uniforme à sua idade biológica”, razão pela qual a maturidade da criança deve ser medida com base na “capacidade [...] de expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente”.

As medidas de reparação pelas violações aos direitos das crianças envolvidas e de sua mãe envolveram a condenação do Estado a: i) prestar atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, de forma imediata, adequada e efetiva; ii) implementar programas e cursos permanentes de educação e treinamento destinados aos servidores públicos, especialmente aos do setor jurídico; iii) publicar a sentença e assumir a responsabilidade; e iv) pagar indenização.

1.5. Fornerón e filha vs. Argentina

O caso Forneron vs. Argentina conta a história da filha biológica do sr. Forneron, que foi entregue pela mãe, ao nascer, a um casal para adoção. Logo após o nascimento da criança, o pai biológico adotou as medidas cabíveis para o reconhecimento da paternidade e a implementação de regime de visitas, o que não ocorreu, apesar de múltiplos pedidos feitos ao longo de mais de dez anos. Em 2005, a criança foi adotada pelo casal, que, inicialmente, recebeu a criança em guarda.

Ao julgar o caso, a Corte reconheceu que o direito à proteção à família, reconhecido no art. 17 da Convenção Americana, inclui favorecer o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar de origem, do qual a criança só pode ser retirada de forma excepcional e temporária, devidamente justificada no interesse superior da criança. A Corte entendeu que esse direito foi violado porque não houve excepcionalidade na separação familiar, expressa na oposição reiterada do pai biológico à guarda e à adoção, bem como na inexistência de medidas que permitissem a vinculação entre pai e filha. Por fim, a sentença consignou também violação ao direito de identidade porque se impossibilitou que a criança crescesse com a família biológica e criasse as relações familiares juridicamente correspondentes.

As medidas de reparação importaram condenação da Argentina a: i) estabelecer de maneira imediata um procedimento orientado à efetiva vinculação do Sr. Fornerón e sua filha; ii) apurar as responsabilidades dos servidores públicos envolvidos no caso; iii) adotar medidas legislativas que tipifiquem venda de crianças; iv) adotar programa ou curso obrigatório aos membros do sistema de Justiça que contemple, dentre outros temas, matérias sobre direitos da criança; v) publicar a sentença e assumir a responsabilidade; e vi) pagar indenização.

2. PARÂMETROS E INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS SEGUNDO A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conforme se verifica dos precedentes citados, o fundamento motriz da Corte para decidir casos que envolvem crianças é o princípio do melhor interesse ou superior interesse. O caso *Atala Riffó* tem trecho que sintetiza a ideia de melhor interesse:

[...] em relação ao interesse superior da criança, a Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades.

Esse entendimento consta, ainda que não expresso da mesma forma, nos outros julgados. Em Comunidade Yean e Bosico, a proteção ao melhor interesse vem traduzido no prejuízo das crianças em ter direito ao nome, direito à personalidade jurídica e dificuldades de acesso à educação, as quais ocorreram no caso concreto. Nos casos das comunidades Sawhoyamaxa e Xámok Kásek o melhor interesse surge quando a Corte trata da vulnerabilidade e das más condições de vida, alimentação, saúde e educação, bem como do prejuízo à construção de uma identidade cultural. No caso Fornerón, o princípio do melhor interesse é deduzido quando a sentença aborda o direito à família de origem e a impossibilidade de relação das experiências familiares que a separação injustificada de pai e filha biológicos promoveu.

A adoção do princípio do melhor interesse pela Corte como fundamento de suas decisões guarda consonância com o art. 3º, alínea 1, da Convenção sobre Direitos da Criança, segundo a qual “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Contudo, deve-se deixar claro que a aplicação do princípio do melhor interesse não ocorre em abstrato. A Corte exige que a verificação de atendimento do princípio seja realizada diante do caso concreto e da existência de prejuízos constatados ao direito das crianças.

Veja-se novamente o caso Atala Riffo: a Corte decidiu que a orientação sexual da mãe e sua união estável com outra mulher não configurariam *per se* violação ao princípio do melhor interesse das crianças, uma vez que não havia evidências físicas ou psicológicas que pudessem atestar prejuízo ao cuidado às crianças ou prejuízo à conveniência paterna, que se manteve inalterada.

A percepção de que o princípio do melhor interesse só pode ser verificado no caso concreto está de acordo com a concepção de Robert Alexy (2002, p. 86) sobre princípios, ao defini-los como mandamentos de otimização, isto é, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.

A compreensão de que só é possível atestar o cumprimento ou não do melhor interesse diante do caso em concreto ajuda a entender a criança como pessoa, ser humano inserido em determinadas relações culturais e socioeconômicas, e não como uma entidade em abstrato. Como parte de relações sociais complexas, seus interesses e necessidades variam em quantidade, qualidade ou intensidade, a depender da maior ou menor exposição a fatores que auxiliam ou dificultem seu pleno desenvolvimento.

A abordagem concreta do melhor interesse da criança exige que se olhe a pessoa em todas as suas peculiaridades, igualdades e diferenças, auxiliando na depuração de estigmas e preconceitos sociais como causas impeditivas de cuidado, como ocorreu no Caso Atala Riffo, em que a Corte chilena impediu a guarda das filhas em razão da discriminação social à homossexualidade, e no Caso Fornerón, em que o pai não teve pleno acesso ao reconhecimento da paternidade e ao direito de visitação porque se considerou que suas relações afetivas não eram estáveis o suficiente para permitir a vinculação a uma criança.

A proposição de uma abordagem concreta do princípio do melhor interesse não dispensa a abstração da pessoa como categoria filosófica. Nesse sentido, devemos ainda considerar a criança como um grupo em situação de vulnerabilidade em razão de sua peculiar condição de desenvolvimento.

Assim, as situações que envolvem crianças devem ser decididas no sopesamento entre o sujeito em abstrato e a pessoa em concreto de modo a permitir sua proteção integral. Nas palavras de Gustavo Tepedino (2016):

Nessa medida, o primado da dignidade humana comporta o reconhecimento da pessoa a partir dos dados da realidade, realçando-lhe as diferenças, sempre que tal processo se revelar necessário à sua tutela integral. A abstração do sujeito, de outra parte, assume grande relevância nas hipóteses em que a revelação do dado concreto possa gerar restrição à própria dignidade, ferindo a liberdade e a igualdade da pessoa. A coexistência das duas construções – do sujeito e da pessoa –, sempre funcionalizadas à tutela da dignidade humana, coloca o intérprete, desse modo, frente ao desafio de promover a “compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento das diferenças”. (TEPEDINO, 2016, p. 18)

Com igual importância, em comparação ao parâmetro utilizado nas sentenças, estão os instrumentos para a reparação dos direitos violados. Os dispositivos das cinco sentenças apresentadas neste trabalho podem ser classificados em quatro grupos: i) publicidade da sentença e da responsabilidade do Estado pela violação; ii) reparação pecuniária; iii) medidas não pecuniárias que assegurem o exercício do direito ou liberdade protegidos na Convenção e que foi considerado violado; iv) medidas de prevenção contra a repetição de violação.

A reparação, patrimonial ou não patrimonial, tem fundamento no art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que determina que:

[...] quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade

violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

As medidas de publicização da condenação assumem especial relevância para delimitar a assunção da responsabilidade estatal perante o país e a sociedade internacional e, ao menos em tese, representaria a primeira medida de prevenção à repetição de novas violações.

O ato de assunção de responsabilidade, porém, é apenas uma das condenações possíveis na tentativa do Sistema Interamericano de prevenir a repetição de violação. Outras medidas podem ser adotadas pela Corte para essa finalidade, como de fato ocorreram nas sentenças citadas.

Nos casos que envolveram comunidades indígenas, a proteção à vida dos membros das comunidades foi assegurada pela condenação do Paraguai a instalar postos de saúde e unidades de ensino nas áreas ocupadas pelas comunidades. Nos casos *Atala Riffo e Fornerón*, os Estados foram condenados a capacitar permanentemente os agentes do sistema de Justiça contra políticas de discriminação.

De acordo com as fundamentações das cinco sentenças apresentadas, verifica-se que nenhuma das condenações assume maior importância que as demais, de modo que o conjunto de medidas visa tanto à sedimentação de uma cultura de respeito aos direitos humanos quanto à reparação específica dos direitos violados.

3. PROPOSTAS PARA A ADOÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Como proposta de finalização deste artigo, entendemos ser necessário determinar de que forma os parâmetros de decisão e os instrumentos utilizados pela Corte podem ser incorporados ao direito brasileiro. Quanto ao princípio do melhor interesse, a doutrina e a jurisprudência o inserem no art. 227 da Constituição da República, segundo o qual:

[...] 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.

Em reforço à norma constitucional, vale salientar que o Brasil é signatário da Convenção sobre Direitos da Criança, tendo-a incorporado ao ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 99.710/90, aplicando-se o disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Além disso, o art. 1º da Lei nº 8.069/90 incorporou o princípio do melhor interesse da criança. Por terem ambos os dispositivos a mesma justificação, isto é, a proteção da criança em razão da sua condição de desenvolvimento, a aplicação do princípio no Brasil deve igualmente ser orientada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, afastando-se a mera análise em abstrato sobre a violação do princípio.

Alinhando-se à orientação da Corte Interamericana, podemos citar o *HC* nº 440752-PR^[93], o *HC* nº 430216-SP^[94] e o REsp nº 1635649-SP,^[95]

⁹³ *HABEAS CORPUS*. ACOHLIMENTO INSTITUCIONAL. ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA EXTENSA. AVÓ MATERNA. VÍNCULO FAMILIAR. PREVALÊNCIA. GUARDA. POSSIBILIDADE. ARTS. 1º E 100, PARÁGRAFO ÚNICO, X, DO ECA. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/90), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança.
2. É incabível o acolhimento institucional de criança que possui família extensa (avó materna) com interesse de prestar cuidados (art. 100 da Lei nº 8.069/90).
3. Ressalvado o evidente risco à integridade física ou psíquica do infante, é inválida a determinação de acolhimento da criança, que, no caso concreto, exterioriza flagrante constrangimento ilegal.
4. Ordem concedida.

(*HC* 440.752/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2018, *DJe* 27/04/2018)

⁹⁴ CIVIL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. COLOCAÇÃO DE CRIANÇA EM ABRIGO INSTITUCIONAL. SUSPEITA DE “ADOÇÃO À BRASILEIRA. PRESERVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO PSICOSSOCIAL. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA ENTRE PRETENSA GUARDIÃ E A INFANTE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Em regra, não é admissível a utilização de habeas corpus como sucedâneo ou substitutivo de recurso ordinário cabível. Precedentes.
2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes.
3. Todavia, em situações excepcionais, em que se buscou preservar o direito à convivência com a família natural da criança, não foi realizado o indispensável estudo psicossocial para aferir sua real situação, bem como não se formaram laços afetivos entre a infante e a pretensa guardiã, em razão do pouquíssimo tempo de convivência entre elas (dois meses), não é recomendável, em atenção aos princípios do melhor interesse e da proteção integral, que ela fique no lar da família substituta, até porque encontra-se abrigada há um bom tempo (sete meses).
4. Ordem denegada.

(*HC* 430.216/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2018, *DJe* 20/03/2018)

⁹⁵ CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. PADRÃO HERMENÊUTICO DO ECA.

01 - Pedido de adoção deduzido por avós que criaram o neto desde o seu nascimento, por impossibilidade psicológica da mãe biológica, vítima de agressão sexual.

todos do Superior Tribunal Justiça, em que o princípio foi aplicado em atenção às circunstâncias fáticas envolvidas.

Sobre os instrumentos possíveis, o direito brasileiro exige tão somente que a condenação em processo judicial guarde correlação com os pedidos apresentados na petição inicial. Mas já é assente a possibilidade de pretensões de reparação patrimonial ou não patrimonial (SCHEREIBER, s.d.) inclusive, de mecanismos não vinculados à responsabilidade civil e que permitem a solução de conflitos com maior eficácia tanto às pessoas envolvidas quanto em matéria de prevenção de novos danos.^[96]

02 - O princípio do melhor interesse da criança é o critério primário para a interpretação de toda a legislação atinente a menores, sendo capaz, inclusive, de retirar a preempção de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança ou do adolescente, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial da situação específica que é analisada.

03 - Os elementos usualmente elencados como justificadores da vedação à adoção por ascendentes são: i) a possível confusão na estrutura familiar; ii) problemas decorrentes de questões hereditárias; iii) fraudes previdenciárias e, iv) a inocuidade da medida em termos de transferência de amor/afeto para o adotando.

04 - Tangenciando à questão previdenciária e às questões hereditárias, diante das circunstâncias fática presentes - idade do adotando e anuência dos demais herdeiros com a adoção, circunscreve-se a questão posta a desate em dizer se a adoção conspira contra a proteção do menor, ou ao revés, vai ao encontro de seus interesses.

05 - Tirado do substrato fático disponível, que a família resultante desse singular arranjo, contempla, hoje, como filho e irmão, a pessoa do adotante, a aplicação simplista da norma prevista no art.

42, § 1º, do ECA, sem as ponderações do “prumo hermenêutico” do art.

6º do ECA, criaria a extravagante situação da própria lei estar ratificando a ruptura de uma família socioafetiva, construída ao longo de quase duas décadas com o adotante vivendo, plenamente, esses papéis intrafamiliares.

06 - Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1635649/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018)

⁹⁶ “A revisão crítica da estrutura e da função da responsabilidade civil, provocada pela expansão do dano ressarcível e pelos outros fenômenos antes aludidos, não trouxe para a ordem do dia apenas questionamentos acerca da melhor forma de reparar o dano (indenização pecuniária ou outros meios), mas também o dilema sobre se repará-lo é efetivamente a melhor solução. [...] Embora não se possa desprezar os obstáculos à implementação de instrumentos estranhos à nossa cultura, tampouco se pode deixar de reconhecer que a maior parte dos problemas vividos hoje na responsabilidade civil deriva justamente do fato de que o instituto vem sendo utilizado para desempenhar funções que lhe são, conceitualmente, estranhas. Sobretudo em países como o Brasil, a insuficiência do Estado em seu papel – reiteradamente ignorado – de distribuição de riquezas e assistência social interfere, subrepticamente, no deslinde das ações de responsabilização, tendendo o magistrado a identificar ou eleger, ainda que por caminhos pouco técnicos, um sujeito responsável, capaz de assegurar reparação ao dano sofrido, mesmo que casualmente, pela vítima. Tal atitude jurisprudencial, legítima em seus fins, acaba ameaçada pelo emprego de um instrumental dogmático que a tais objetivos tradicionalmente não se destina, embora o direito positivo não ofereça outro. Cumpre, por estas razões, não apenas promover, no âmago da responsabilidade civil, as alterações estruturais necessárias ao adequado desempenho de suas novas funções – como a tutela de interesses não patrimoniais –, mas, igualmente, cogitar de outros instrumentos que possam somar-se ao instituto com o propósito de promover a mais ampla e justa proteção contra os danos, desempenhando aquelas tarefas que, de forma procustiana, lhe vêm, hoje, atribuídas. Vale aqui a singela proposta de Hannah Arendt: “trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo” (SCHEREIBER, s.d.).”

A possibilidade de medidas de reparação patrimonial ou não patrimonial vem amparada pela tutela das espécies obrigacionais do Código Civil, como as obrigações de fazer e de não fazer, na amplitude de imposição de medidas de prevenção e proteção constantes do art. 101 e nos arts. 212 e 213 sobre tutela coletiva da Lei nº 8.069/90, por exemplo, bem como nas previsões do art. 497 do Código de Processo Civil, art. 11 da Lei nº 7.347/85 e, por fim, nos arts. 81, 82 e 83 da Lei nº 8.078/90.

Esse conjunto de normas, sem exclusão de outras, constitui a base normativa que deve dialogar entre si, construindo uma teia jurídica de proteção concreta dos interesses de crianças.^[97]

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.

BISSEL, Susan et al. *Rethinking child protection from a rights perspective: some observations for discussion*. s. d. Disponível em: <<http://bit.ly/2IoSE4t>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANTWELL, Nigel. The origins, development and significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child. In: DETRICK, Sharon. (Ed.). *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a guide to the “Travaux préparatoires”*. Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 19-30.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

⁹⁷ “O desafio do jurista de hoje encontra-se em lidar com a complexidade dos núcleos normativos que caracterizam o sistema, composto pela Constituição, leis gerais, especiais, tratados internacionais, promulgados em experiências culturais e momentos históricos diferenciados. Diálogo de fontes, portanto – e jamais monólogo, em que se privilegiasse arbitrariamente o Código Civil ou as leis especiais. O Código Civil deve contribuir para tal esforço hermenêutico, não devendo o intérprete deixar-se levar por eventual sedução de nele imaginar microclima de conceitos e liberdades patrimoniais descomprometidas com a legalidade constitucional. Nessa esteira, a solução para as controvérsias do caso concreto nunca dependerá de regra isoladamente considerada, devendo-se, ao revés, ter em conta o ordenamento jurídico como um todo, com seus valores e princípios fundamentais” (TEPEDINO, 2015).

HOLLINGSWORTH, Kathryn. Theorising Children's Rights in Youth Justice: The Significance of Autonomy and Foundational Rights. *The Modern Law Review*, v. 76, n. 6, p. 1046-1069, nov. 2013.

OLIVEIRA, Assis da Costa. Princípio da pessoa em desenvolvimento: fundamentos, aplicações e tradução intercultural. *Revista Direito e Práxis*, v. 5, n. 9, p. 60-83, 2014.

PEREIRA, Tania da Silva; MELO, Carolina de Campos. Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais na Constituição de 1988. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 252-271, 2003.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

PROUT, Alan; JAMES, Allison. *Constructing an reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood*. New York: Routledge, 1997.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 48. p. 11-32, 1997.

SCHEREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil*. s. d. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/novas_tendencias_da_responsabilidade_civil_brasileira.pdf>. Acesso em 4 set. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. *Diálogo entre fontes normativas na complexidade do ordenamento*. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/87>>. Acesso em: 4 set. 2018.

_____. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. IN: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor. *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 17-34.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro. *Revista TST*, Brasília, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013.