

A Convenção sobre os Direitos da Criança e o princípio reitor do interesse maior da criança

Elsa Inés Dalmaso*

Sumário

1. Introdução; 2. Os Direitos das crianças na Constituição Nacional; 3. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; 3.1 Os principais critérios estabelecidos na Convenção; 4. O princípio reitor do “interesse maior das crianças”; 5. Considerações finais; Referências

Resumo

O Brasil, constituindo-se em Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, procurou uma maior proteção das crianças e dos adolescentes através da inclusão dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988. Para cumprir com tal fim, aprovou em 1990 a “Convenção dos Direitos da Criança” das Nações Unidas, assim como a Lei 8.069 que instituiu o Estatuto da Criança e o Adolescente. A normativa internacional incorporada ao direito interno não deixa dúvidas sobre o espírito da Constituição a respeito dos direitos da infância, mas, se faz necessário esclarecer alguns conceitos para uma melhor interpretação destes princípios.

Elsa Inés Dalmaso é Doutora em Direitos Humanos, pela Universidad de Zaragoza (España); Mestre en Relaciones, Económica e Sociais Internacionais, pela Universidade do Minho (Portugal); Advogada na Argentina e docente e pesquisadora da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: coreadal@univali.br

Palavra-Chave

Direitos, Criança, Convenção, Constituição.

Abstract

Brazil, being constituted as a democratic State dedicated to ensuring the exercise of social rights, sought greater protection for children and adolescents through the inclusion of Social Rights in its 1988 Federal Constitution. To fulfill this aim, it approved, in 1990, the United Nations "Convention on the Rights of the Child", as well as Law 8.069 which instituted the Statute of the Child and Adolescent. This international regulation incorporated into the internal law leaves no doubt as to the spirit of the Constitution in regard to the rights of children, but it is necessary to clarify some concepts for a better interpretation of these principles.

Key words

Rights; Child, Convention; Constitution.

1. Introdução

Na abordagem de temas relacionados com as crianças, existe opinião quase unânime sobre a necessidade de reforçar os direitos dos menores, inclusive com ações positivas, com a finalidade de outorgar-lhes maior proteção. Mas esta teoria difere muito da realidade de muitas crianças, no mundo todo. Especialmente, àquelas que pertencem as capas mais pobres da sociedade.

Existe em este paradoxo, talvez, o componente cultural, pois os direitos das crianças no foram rapidamente reconhecidos na história da humanidade. Os problemas relativos às crianças não foram tratados em forma pública hasta o último século. Tendo, possivelmente, incidido em isto a transformação da família ampla em família nuclear, como uma adaptação às novas formas de vida com a migração do campo para as cidades em procura de trabalho.

Um outro fator diretamente relacionado a isto, pode ter sido a entrada da mulher ao mundo do trabalho, especialmente para as crianças pertencentes às classes mais pobres, que antes contavam com a atenção e proteção ampla de algum membro da família ampla. Frente a nova situação de trabalho familiar se viram obrigadas a permanecer sozinhas em suas casas, durante as horas

de trabalho dos pais, sendo muitas vezes, incluso, que ficavam responsabilizados dos irmãos mais pequenos.

De igual modo aconteceu na história do Direito. As primeiras leis protetoras dos menores nascem a partir da Revolução industrial, tentando melhorar as condições de trabalho e reduzir a jornada, pelos nefastos efeitos causados na saúde das crianças trabalhistas, segundo fora comprovado nas primeiras inspeções às fábricas, realizadas por ordem do governo da Inglaterra, a começo do século XIX.

Na atualidade, esta situação das crianças desprotegida dos cuidados essenciais da família, agrava-se pela falta de trabalho dos progenitores, a precariedade das famílias, os lares monos-parentais, e a permanência de muitas crianças na rua em procura de algum tipo de trabalho ou mendicidade. Resultado que se traduz, na maioria das vezes, na caída na delinqüência ou adição às drogas.

A comunidade internacional, especialmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sensível à situação desprotegida de muitas crianças vítimas de guerras, tráfico de pessoas, abuso sexual e qualquer tipo de exploração ou desamparo em general, tem formulado diversas declarações, que criaram o compromisso para os Estados membros de adequar suas legislações e implementar medidas conducentes a tais objetivos. De igual forma, nos textos Constitucionais e na legislação interna de cada país se foram garantindo os direitos das crianças. Embora isto ainda seja uma utopia (por não falar de hipocrisia), especialmente, nos países sub-desenvolvidos ou em via de desenvolvimento.

O nosso país, adotando uma filosofia humanitária e progressista em relação à infância, procurou uma maior proteção das crianças e dos adolescentes através da inclusão dos Direitos Sociais na Constituição Federal de 1988, aprovando em 1990 a “Convenção dos Direitos da criança” das Nações Unidas e a Lei 8.069 que instituiu o Estatuto da Criança e o Adolescente. Mas é preciso perguntar: Existe a efetividade do gozo desses direitos, apesar de estarem tão explicitamente declarados? Foram adotadas medidas tendentes a considerar o “maior interesse das crianças”?

2. Os direitos das crianças na Constituição Nacional

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil, já desde o Preâmbulo declara que o Estado brasileiro está destinado

a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, reforçando este princípio no Título I, dedicado aos Direitos Fundamentais, pelos artigos 1.III; 3.IV e 4.II.

No Título II: Dos Direitos e Garantias Fundamentais, faz menção à proteção à maternidade e à infância nos artigos 6; 5.L; 7.IV; 7.XVIII e 7.XXV¹. Sendo competência da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar concorrentemente em matéria de proteção da infância e da juventude, segundo o artigo 24.XV.

Sendo no Título VIII, “Da Ordem Social”, onde se estabelece a normativa específica. No Capítulo II, o artigo 203.I determina que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, mencionando a proteção devida à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice. Sendo no Capítulo VII “Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso”, que a nossa Carta Fundamental expressamente sublinha a obrigatoriedade que cabe aos pais, à sociedade e ao Estado a respeito da proteção das crianças.

De modo especial, o artigo 227 expressa que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. Além, no mesmo artigo, o Estado compromete-se a promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida à participação de entidades não governamentais.

O artigo 229 expressa a obrigatoriedade que cabe aos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (§ 7º do art. 226). Sendo que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram (§ 8º do art. 226). Entendendo como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226). No entanto, o artigo 228 declara a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, que ficam sujeitos às normas da legislação especial.

O ênfase da Constituição de 1988, em declarar os Direitos das crianças, não deixa lugar a dúvidas, que se trata de uma garantia que vincula aos Poderes públicos, criando-lhes a obrigatoriedade de

atuar de acordo com os princípios estabelecidos. Além disso, com a incorporação ao direito interno da Convenção dos Direitos da Criança, ninguém poderá argumentar que se trata de normas meramente programáticas.

E, dever-se-á, ainda, respeitar as disposições referidas aos Direitos das crianças contidas nas Convenções Americanas e regionais das que nosso país forma parte. Pode-se tomar como exemplo o Protocolo de São Salvador, aprovado por nosso país em 1996. Este documento dedica o artigo 16 aos Direitos da infância, declarando que “toda criança, seja qual for sua filiação tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais/ reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional”.

3. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989

O Brasil assinou a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, logo após de ter sido aprovada em Nova Iorque (novembro 1989), sendo depositado o instrumento em setembro de 1990².

Esta Convenção tem como precedente a Declaração dos Direitos das crianças de 1959, na que se considera que toda criança, pela sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluso a correspondente proteção legal, e insta aos pais, às organizações particulares, autoridades locais e governos nacionais para que reconheçam os direitos das crianças e lutem por conseguir a realização com medidas legislativas e de qualquer outra índole. O objetivo é que as crianças possam ter uma infância feliz e gozar, em seu próprio bem, e para o bem da sociedade, dos direitos e liberdades que lhes correspondem.

No Preâmbulo da Convenção de 1989 se dá ênfase à proteção especial que se faz necessário outorgar às crianças, de acordo o enunciado na Declaração dos Direitos das Crianças de Genebra, em 1924; à Declaração das Nações Unidas de 1959, sobre os princípios que devem reger os Direitos das crianças; à Declaração

Universal dos Direitos Humanos e os Pactos Internacionais de 1969, sobre os Direitos Civis e Políticos -especialmente no artigo 24-, e sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no artigo 10, que trata sobre a proteção da família -em especial o ponto 3 referido aos Direitos das crianças e adolescentes-.

Também se mencionam os instrumentos pertinentes às crianças nos diferentes Organismos especializados das Nações Unidas, entre os que poderiam se mencionar, por exemplo: UNICEF, OIT, FAO, OMS -entre outros-, que aportam suas ações para uma maior proteção das crianças de todo o mundo.

Toda esta normativa internacional deve ser considerada pelos poderes públicos na hora de programar as ações relativas às crianças. Especialmente aqueles instrumentos que foram ratificados por nosso país.

3.1 Os principais critérios estabelecidos na Convenção

Segundo o estabelecido no artigo 1 da Primeira Parte da Convenção, deve-se entender como criança todo menor de 18 anos. A partir deste princípio, os Estados Partes comprometem-se a tomar todas as medidas apropriadas para garantir que as crianças sejam protegidas contra toda forma de discriminação (art. 2.2) e a assegurar-lhes a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas (art. 3.2).

Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, e comprometem-se a adotar medidas apropriadas para ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pelas crianças a dar efetividade a este direito e, no caso necessário, proporcionam-lhes assistência material e programas de apoio, particularmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação (art. 27).

Em 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 (art. 3.1), e dever-se-ão respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais (art. 5).

Nesta linha de pensamento, os Estados Partes comprometem-se a zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade deles, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior das crianças (art. 9.1)

A fim de garantir e promover os direitos enunciados na Convenção, os Estados Partes se comprometem a prestar assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços (art. 18.2). Para isto adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual (art. 19.1). Essas medidas de proteção deveriam incluir procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado (art. 19.2).

Com a finalidade de examinar os progressos realizados em cumprimento das obrigações assumidas, as Nações Unidas estabelecem um Comitê dos Direitos das Crianças (Parte II), ao qual os Estados Partes deverão apresentar sus informes sobre as medidas adotadas para dar efetividade aos direitos reconhecidos na Convenção.

4. O princípio reitor do “interesse maior das crianças”

Em diversos artigos a Convenção menciona o “interesse maior das crianças” -exatamente em oito oportunidades-, razão pela qual este princípio merece uma especial atenção.

O conceito de “interesse maior das crianças”, desde a primeira menção que se faz no artigo 3, refere-se a uma “consideração primordial” que deve ter toda medida realizada por qualquer entidade pública ou privada ao tratar assuntos relacionados com os menores.

No artigo 9 se estabelece a necessidade dos Estados Partes respeitarem o direito das crianças que estejam separadas de um ou de ambos os pais, de manter, regularmente, relações pessoais e contato direto com ambos. Entendendo que para poder gozar de

um pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade, as crianças devem crescer no meio familiar, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão. E solo será aceita uma exceção a este critério: se fosse no interesse maior das crianças. O que deverá ser avaliado e determinado pela autoridade competente, com reserva de revisão judicial.

O artigo 18 reforça o sublinhado critério da necessidade das crianças permanecerem junto a seus pais, determinando que os Estados Partes realizarão as ações necessárias para garanti-lo.

Ainda quando se apresentar a situação de um menor privado de sua liberdade, o artigo 37 expressa que ficará separado dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais.

De igual modo, O artigo 40 determina para os menores que tenham infringidas as leis penais a conveniência de ser a causa decidida sem demora por autoridade ou órgão judicial competente, independente e imparcial, em audiência justa conforme a lei, com assistência jurídica ou outra assistência e, a não ser que seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, levando em consideração especialmente sua idade ou situação, e a de seus pais ou representantes legais.

Este princípio das obrigações comuns de ambos os pais, no que respeita à educação e o desenvolvimento das crianças, exige que a preocupação fundamental seja o interesse maior das crianças. Especialmente dever-se-ão adotar as medidas apropriadas para que as crianças, cujos pais trabalhem, tenham direito a se beneficiar dos serviços e instalações de creches adequadas.

Por sua parte, o artigo 21 assinala, para aqueles Estados que reconheçam ou permitam o sistema de adoção, cuidar que o interesse maior das crianças seja a consideração prioritária e primordial dessa tramitação.

Como pode se observar, o interesse maior das crianças é um princípio reitor que, como questão prévia, deve ser considerado tanto pelos legisladores, como os juizes, e executores de qualquer ação que afete direta o indiretamente os menores.

Este princípio reitor no tratamento dos assuntos das crianças não

está referido a questões econômicas, nem físicas. Ele está referido à parte emocional e espiritual da criança. Refere-se à necessidade das crianças de viver com seus pais, no meio familiar; de serem entendidos e cuidados com amor. O interesse maior da criança é algo intangível que deve estar por cima de qualquer interesse externo à própria criança; inclusive aos interesses dos pais e do próprio Estado. Justamente porque o Estado aceita garantir esses melhores interesses das crianças, ao ter assinado a Convenção.

Em conseqüência, o interesse maior da criança, tem que ser considerado como um pré-requisito; um exame prévio e irrenunciável, para poder dar passo a qualquer análise sobre questões referidas aos menores. Este “princípio primordial,” como a mesma Convenção estabelece, refere-se especialmente aos aspetos psíquicos que têm que ser atendidos, particularmente na infância e juventude, tendo presente a incidência fundamental para o desenvolvimento equilibrado do ser humano.

5. Considerações finais

O “interesse maior das crianças” é um conceito extremamente sutil e delicado, que acarreta o problema da subjetividade interpretativa para quem tem que o aplicar. Da mesma forma que acontece com a maioria dos conceitos: a pesar de existir a pretensão de defini-los com o maior rigor científico, dependerão sempre da interpretação dos executores. É de entender, então, que o legislador e o juiz tenham que realizar uma análise muito aprofundada e interdisciplinar, para poder determinar o que deve ser entendido como “melhor interesse” para cada criança, sem permitir a interferência dos interesses que não sejam estritamente dessa criança.

Para realizar tão delicada análise prévia, será necessário trabalhar com uma visão prospectiva sobre cada assunto a determinar, para avaliar as conseqüências diretas e indiretas sobre o menor. Para isto, o assessoramento de psicólogos, assistentes sociais e pedagogos, é de grande relevância para orientar e facilitar as decisões dos responsáveis de tomar as determinações. Mas, para poder cumprir adequadamente com tão importante função, estes especialistas devem estar bem identificadas com a realidade da problemática infantil.

Além, para poder implementar os princípios reitores dos direitos das crianças, tem que existir na sociedade, toda, o convencimento que a família é o grupo fundamental e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos seus membros e, particularmente, das crianças. E que tem direito a receber a proteção e assistência necessária, do Estado e da própria sociedade, para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.

A normativa é expressa e abundante. Os poderes públicos, as organizações privadas e, especialmente, os juízes, legisladores e executivos têm o dever de fazer cumprir o espírito constitucional em defesa dos direitos fundamentais das crianças. Entendendo que a paz do mundo baseia-se no reconhecimento da dignidade e direitos de todas os membros da família humana, começando pela infância.

Notas

- 1 É necessário salientar o retrocesso que houve em matéria social constitucional pela pressão da economia, mediante a Emenda Constitucional nº 20 de 1998 do artigo 7.XII, que limitou o salário-família só para os trabalhadores de baixa renda, e do artigo 7.XXXIII, que levou a idade mínima para qualquer trabalho de quatorze para dezesseis anos.
- 2 O Decreto Legislativo Nº 28, de 14 de setembro de 1990, aprova o texto da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e assinada pelo Governo brasileiro, em 26 de janeiro de 1990.

Referências

Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Nações Unidas, Convenção dos direitos da Criança, de 1989.

Recebido em: 30.03.2004

Avaliado em: 15.04.2004

Aprovado em: 03.09.2004