

**ATA Nº 113 DA DEFESA E DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM  
DIREITO ECONÔMICO E SOCIAL DO ALUNO SÉRGIO  
LUIZ KUKINA**

Aos trinta dias do mês de agosto do ano de dois mil e quatro realizou-se no na sala 125-B às 14h30. Rua Imaculada Conceição, 1155, nesta Capital, a sessão pública de defesa da dissertação sob título "Tutela Recursal Diferenciada no Estatuto da Criança e do Adolescente: uma abordagem à luz do direito internacional dos direitos humanos", apresentada pelo mestrando, Sérgio Luiz Kukina, Bacharel em Direito, ano de ingresso 2002, concluiu os créditos exigidos para obtenção do título de Mestre em Direito, segundo os registros constantes nos arquivos da Secretaria de Processamento de Dissertações e Teses da Pós-Graduação. Os trabalhos foram instalados pela Profa. Flávia Cristina Piovesan, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade de São Paulo, Orientadora e Presidente da Banca Examinadora, também constituída pelos seguintes professores: Gilberto Giacoia, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (convidado); Jussara Maria Leal de Meirelles, Doutora pela Universidade Federal do Paraná (membro); Katya Kozicki, Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (suplente). Procedeu-se a arguição pública e defesa do trabalho. Encerrada a fase os examinadores expediram o parecer final sobre a dissertação, que foi considerada aprovada, tendo sido atribuídas ao candidato, as seguintes notas:

- Prof. Dra. Flávia Cristina Piovesan (Orientadora)

Nota: (12) assinatura

- Prof. Dr. Gilberto Giacoia (Convidado-UNESPAR)

Nota: (10,0) assinatura

- Prof. Dra. Jussara Maria Leal de Meirelles (Membro-PUCPR)

Nota: (12) assinatura

O candidato foi aprovado com a média:

(12) conceito: (W, )

Assinatura do Presidente da Banca Examinadora

Proclamados os resultados pela Prof.<sup>a</sup> Dra. Flavia Cristina Piovesan, Presidente da Banca Examinadora foram encerrados os trabalhos, e para constar eu Eva de Fátima Curelo, confiro e assino a presente ata juntamente com os membros da Banca Examinadora.

Curitiba, 30 de agosto de 2004.

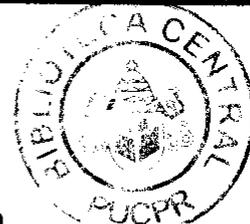
Prof. Dra. Flávia Cristina Piovesan

Eva de Fátima Curelo - Secretária





PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ



Sérgio Luiz Kukina

**Tutela recursal diferenciada no  
Estatuto da Criança e do Adolescente  
Uma abordagem à luz do direito  
internacional dos direitos humanos**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito Econômico e Social

Curitiba, agosto de 2004



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ



**Sérgio Luíz Kukina**

**TUTELA RECURSAL DIFERENCIADA NO  
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**  
Uma abordagem à luz do direito  
internacional dos direitos humanos

**Dissertação de Mestrado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC/PR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Flávia Piovesan

Curitiba  
Agosto de 2004



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

**Sérgio Luíz Kukina**

**TUTELA RECURSAL DIFERENCIADA NO  
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE  
Uma abordagem à luz do direito  
internacional dos direitos humanos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC/PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social

**Profª Drª Flávia Piovesan**  
Orientadora

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais –PUC/PR

**Prof Dr. Gilberto Giacoia**  
Fundinopi/Jacarezinho

**Profª Drª Jussara Maria Leal de Meirelles**  
PUC/PR

**Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Sousa Filho**  
Coordenador da Pós-Graduação em  
Direito Econômico e Social da PUC/PR

Curitiba, 30 de agosto de 2004

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, da orientadora e da Universidade.

### **Sérgio Luíz Kukina**

Graduou-se em Direito pela Universidade Católica do Paraná (1983). Em 1984, mediante concurso de provas e títulos, ingressou na carreira do Ministério Público do Estado do Paraná, atualmente ocupando o cargo de Procurador de Justiça e exercendo a chefia da Coordenadoria de Recursos Cíveis da Instituição. Especializou-se em Ciências Penais (UFPR/1993) e em Institutos Fundamentais de Direito Contemporâneo (convênio IBEJ-PUC/PR, 1994). Tem interesse acadêmico nas áreas de direito processual civil, direito da infância e da juventude e direitos humanos.

### Ficha catalográfica

**Kukina, Sérgio Luíz**

**K96t**      **Tutela recursal diferenciada no Estatuto da Criança e do Adolescente :**  
2004      uma abordagem à luz do direito internacional dos direitos humanos /

Sérgio Luíz Kukina ; orientadora, Flávia Piovesan. -- 2004.  
171 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2004

Inclui bibliografias

1. Menores – Estatuto legal, leis, etc. 2. Recursos (Direito). 3. Tutela jurisdicional. 4. Direito internacional público. 5. Direitos humanos. I. Piovesan, Flávia. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico Social. III. Título.

CDD (Dóris) – 4. ed.

Para Sandy, minha esposa,  
porto de afeto e ternura.

## **Agradecimentos**

À minha orientadora, Professora Flávia Piovesan, pela insuperável dedicação.

À PUCPR, que mais uma vez me acolheu.

Aos bravos parceiros de Ministério Público, pelo incondicional apoio.

Em qualquer circunstância, meu apreço aos eminentes integrantes da Banca Examinadora.

Ao corpo docente, pelos vitais ensinamentos.

Aos companheiros de curso, pelo fraterno convívio.

À Eva e Izabel, anjos da secretaria.

Ao Ministério Público do Estado do Paraná, cada vez mais do Povo.

À equipe da Biblioteca do Ministério Público.

A todos os amigos.

Aos meus familiares, que, na minha compreendida ausência, estiveram sempre tão presentes.

## Resumo

Kukina, Sérgio Luiz; Piovesan, Flávia. **Tutela recursal diferenciada no Estatuto da Criança e do Adolescente: uma abordagem à luz do direito internacional dos direitos humanos**. Curitiba, 2004. 171p. Dissertação (Mestrado). Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Dirige-se este trabalho à identificação de fundamentos capazes de legitimar a existência de um especializado sistema recursal no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). A tal propósito, são examinados dois estruturais fatores. O primeiro deles, no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, abrangendo as circunstâncias que ensejaram a histórica afirmação da doutrina das Nações Unidas para a integral proteção da infância, cujos postulados acham-se inteiramente incorporados ao patrimônio jurídico brasileiro. O segundo fator, aparece localizado nos domínios da ciência processual e diz respeito às modernas técnicas de tutela jurisdicional diferenciada absorvidas pelo legislador estatutista. Portanto, doutrina da proteção integral e tutela jurisdicional diferenciada são as duas *dobradiças* que pretendem dar coesão ao objeto da pesquisa, por meio da qual também se almeja demonstrar a intensidade com que o direitos internacional e interno estão dialogando e interagindo na busca de eficientes resultados para fazer frente às necessidades jurídico-processuais da infância e da adolescência. É o que se busca no presente estudo dissertativo.

## Palavras-chave

Estatuto da Criança e do Adolescente; sistema recursal; doutrina da proteção integral; tutela jurisdicional diferenciada; direito internacional público; direitos humanos.

## Riassunto

Kukina, Sérgio Luiz; Piovesan, Flávia. **Tutela differenziata dei ricorsi nello Statuto dei Bambini e degli Adolescenti: un abordaggio alla luce dei diritti umani**. Curitiba, 2004. 150p. Tesi di Laurea Specialistica – Centro delle Scienze Giuridiche e Sociali, Pontificia Università Católica del Paraná.

Lo scopo di questo lavoro è identificare i fondamenti capaci di legittimare l'esistenza di un sistema specializzato di ricorsi nello Statuto dei Bambini e degli Adolescenti (Legge n° 8.609/90). A questo proposito, vengono esaminati due fattori strutturali. Il primo, nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, comprendendo le circostanze che hanno provocato la storica affermazione della dottrina delle Nazioni Unite rivolta alla protezione integrale dell'infanzia, i cui postulati si trovano interamente incorporati nel patrimonio giuridico brasiliano. Il secondo fattore si localizza nei domini della scienza processuale e comprende le moderne tecniche della denominata tutela giurisdizionale differenziata, anche queste assorbite dal legislatore del soprannominato Statuto. Pertanto, la dottrina della protezione integrale e la tutela giurisdizionale differenziata sono le due “*cardini*” che pretendono dare coesione all'oggetto di questa ricerca, tramite la quale si desidera anche rivelare l'intensità con che i diritti internazionale ed interno dialogano ed interagiscono nella cerca di risultati efficienti con l'obiettivo di saziare le necessità giuridiche-processuali dei bambini e degli adolescenti. Ecco, insomma, ciò che si vuole evidenziare in questo studio dissertatorio.

## Parole chiavi

Statuto dei Bambini e degli Adolescenti; sistema di ricorsi; dottrina della protezione integrale; tutela giurisdizionale differenziata; diritto internazionale pubblico; diritti umani.

## Sumário

1	INTRODUÇÃO	13
2	RELEVÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	19
2.1	A influência do jusnaturalismo	19
2.2	A afirmação do positivismo jurídico	24
2.3	Breve histórico e conceito	26
2.4	Kant e a paz perpétua	31
2.5	O monismo, o dualismo e a posição do STF	37
3	O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	46
3.1	Direitos humanos e direitos fundamentais	46
3.2	O surgimento da ONU	51
3.3	A pessoa humana como sujeito de direitos	54
3.4	A questão da reciprocidade	57
4	A CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	59
4.1	A Declaração Universal dos Direitos Humanos	59
4.2	A linguagem geracional	61
4.3	Os pactos de 1966	64
4.4	A condição do Estado brasileiro	68
4.5	Universalismo e relativismo cultural	74

5	O SISTEMA ESPECIAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	80
5.1	Do geral para o particular	80
5.2	A convenção sobre os direitos da criança	82
6	OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	87
6.1	Os sistemas existentes	87
6.2	O sistema regional interamericano	89
6.2.1	O nascimento da OEA	89
6.2.2	O Pacto de San José da Costa Rica	91
7	IMPORTANTES REGRAS DA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS PARA A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E PARA O ACESSO À JUSTIÇA	95
8	ELEMENTOS INFORMADORES DA TUTELA RECURSAL DIFERENCIADA NO ECA	101
8.1	Interação entre a Constituição Federal e o ECA	101
8.2	A doutrina da proteção integral	103
8.3	Efetividade do processo	110
8.4	Tutela jurisdicional diferenciada	114
8.5	A especialização da jurisdição infanto-juvenil	120
9	AS ADAPTAÇÕES RECURSAIS NO ECA	124
9.1	Os códigos anteriores	124

9.2	Campo de incidência	126
9.3	Pressupostos recursais	128
9.4	Desnecessidade de preparo	130
9.5	Prazos recursais	131
9.5.1	Prazos no agravo de instrumento e nos embargos de declaração	133
9.5.2	Prazos nos demais agravos	135
9.5.3	Prazos nos recursos para o STJ e STF	137
9.5.4	A regra do art. 188 do CPC	139
9.6	Preferência de julgamento e dispensa de revisor	141
9.7	O efeito suspensivo	142
9.8	Juízo de retratação	146
9.9	A apelação do art. 199	152
10	CONCLUSÃO	156
11	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164

## **Lista de abreviaturas e siglas**

CEJA – Comissão Estadual Judiciária de Adoção

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

DI – Direito Internacional

DJU – Diário da Justiça da União

DOU – Diário Oficial da União

DPAV – Declaração e Programa de Ação de Viena

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

RDH – Relatório de Desenvolvimento Humano

RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça

RITJPR – Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

SDN – Sociedade das Nações

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

## INTRODUÇÃO

Quer-se, nesta dissertação, descortinar a influência exercida pelo direito internacional dos direitos humanos na legislação brasileira que cuida dos interesses infanto-juvenis, particularmente no âmbito do mecanismo recursal previsto na Lei nº 8.069/90, instituidora do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O conjunto das informações pesquisadas advém, essencialmente, da doutrina, da jurisprudência e da mídia.

Para tanto, identifica-se na doutrina da proteção integral das Nações Unidas, consagrada em sua Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), um dos estruturais pontos de conexão que leva o legislador pátrio a editar um otimizado aparato jurídico em benefício da população de menor idade. Honrando o compromisso assumido ao ratificar aquele texto convencional, o Estado brasileiro faz reservar proeminente espaço em sua ordem jurídica interna para os assuntos vinculados à infância e à juventude, o que se verifica, com maior luminosidade, no vigente arcabouço constitucional (arts. 227 e 228) e na legislação regulamentadora implantada pelo ECA.

De outro lado, constata-se que a concertada ordem internacional não se limita a consagrar a essencialidade de direitos inerentes ao ser humano, razão pela qual, indo além e com a mesma nota de fundamentalidade, projeta mecanismos tendentes à sua fruição pelos indivíduos. Tal se dá por técnicas de monitoramento externo, a cargo dos organismos multinacionais, tanto quanto pela exigência de que os Governos locais implementem políticas e ações para o espontâneo atendimento das obrigações contraídas, bem como assegurem reais possibilidades de acesso às instâncias judiciais, nas hipóteses de prevenção ou restauração de direito lesados.

Assim, o respeito aos interesses da infância e a garantia de acesso ao tecido jurisdicional, porque ligados às primárias aspirações do indivíduo, despontam no contemporâneo repertório dos direitos humanos, devendo, por isso,

caminhar em perfeita sintonia. Sem a expectativa de uma adequada proteção jurisdicional, o direito meramente declarado corre o risco de se tornar estéril. Daí a preocupação no sentido de que os procedimentos utilizáveis em juízo sejam portadores de amplo grau de eficiência, quer nas instâncias judiciais de base, quer naquelas responsáveis pela tarefa de revisão recursal.

Almeja-se, então, com o presente estudo, investigar o caminho percorrido desde a aparição do direito internacional público como ramo autônomo da ciência jurídica, em que o Estado, apoiado em sua mítica soberania, figurava como exclusivo sujeito das relações jurídico-internacionais, até o ponto em que se reconhece o indivíduo como novo sujeito destas mesmas relações, mediante a aceitação de que sua tão-só condição humana torna-o titular de direitos inalienáveis, ínsitos à sua existência. É o instante em que os interesses fundamentais da pessoa deixam de constituir matéria de exclusiva alçada interna dos Estados para se converterem em temas de interesse global. Emerge, aí, o objeto de atenção do direito internacional dos direitos humanos, em que não se está mais à frente de meras relações de concessão e de reciprocidade entre os Estados, mas sim diante da supremacia dos interesses do indivíduo, que obtém, desse modo, o reconhecimento da universalidade e indivisibilidade de seus direitos fundamentais. Inscrevem-se, nesse rol, a causa da infância e o acesso à proteção jurisdicional.

Principia-se a investigação, abordando as origens mais próximas do direito internacional público e de sua filosófica base jusnaturalista, mais tarde pressionada pelo positivismo jurídico, que se impôs como modelo de organização das relações sociais. Segue item dedicado a breve notícia histórica e particularizada conceituação do direito internacional público. Sem ignorar a importância que tiveram para o seu surgimento e demarcação, vultos como o do teólogo espanhol Francisco de Vitória (século XVI), abre-se especial referência para importante trabalho de Immanuel Kant, intitulado *A paz perpétua: um projeto filosófico*, que, escrito nos estertores do século XVIII, influenciou indelevelmente os rumos do moderno direito internacional, a partir de ideais como o da paz perene entre os povos e o da hospitalidade universal a ser desfrutada pelas pessoas em qualquer nação para onde se desloquem.

É dada, em seguida, atenção às correntes que sustentam as perspectivas dualista e monista, relativamente à eficácia jurídica que podem desfrutar as

normas de direito internacional público, frente aos ordenamentos domésticos dos Estados compromissados na órbita tratadística. Seqüentemente, registra-se, quanto à hierarquia normativa dos tratados no Brasil, a posição jurisprudencial adotada pela voz do Supremo Tribunal Federal, que se coloca em posição de conflito com a abalizada opinião doutrinária, que vai também mencionada.

Após, vão consideradas as distinções doutrinariamente traçadas entre direitos humanos e direitos fundamentais. Avança-se, então, para a análise da conturbada ambiência, marcada pelas duas Grandes Guerras do último século, que serve de pano de fundo para o surgimento da Liga das Nações (1919) e, mais tarde, da Organização das Nações Unidas (Carta de São Francisco/1945). A esta altura, realça-se a irreversível admissão do indivíduo como novo sujeito de direitos na órbita das relações jurídicas internacionais, quando, então, a pessoa humana vê suas aspirações fundamentais progressivamente adquirirem importância ultra-fronteiras, ao mesmo tempo que se assiste à relativização da clássica soberania dos Estados.

Chega-se ao pormenorizado exame dos documentos que, já sob o selo da ONU, compõem a nomeada Carta Internacional dos Direitos Humanos, a saber, Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966), todos partícipes do sistema geral de proteção aos direitos humanos. Após isso, abre-se oportuno espaço para noticiar as reinantes discussões travadas entre os partidários do universalismo e do relativismo cultural, sobre ser possível, ou não, que certos direitos humanos possam ser negligenciados com base em diferenças culturais, religiosas, étnicas e assim por diante.

Retomando-se o fio do direito pactício, enfoca-se o adensamento de avenças internacionais em torno de núcleos específicos (certos direitos ou certas categorias de indivíduos ou grupo de indivíduos), que acabam por direcionar a um sistema especial de proteção aos direitos humanos. Dentre os vários documentos existentes nesta linha, põe-se em evidência, sintonizada com os fins deste estudo, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), delineando-lhe as principais características.

Destaca-se, logo depois, o fenômeno consistente no surgimento de sistemas regionais, que também se ocupam de estabelecer, em seus delimitados

perímetros geográficos, redes de proteção aos direitos humanos, sem, com isso, desautorizar os padrões do sistema de alcance universal. Dá-se, então, justificado relevo ao sistema interamericano, a que pertence o Brasil, tecendo-se alusões às balizas do Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969).

Ultimado esse retrospecto teórico-normativo sobre o direito internacional dos direitos humanos, e para efeito de uma melhor e conjugada visualização, pinça-se, dos referenciados documentos, a indicação de regras que dizem de perto com a proteção da infância e com a garantia de acesso ao aparato judicial, tudo antecedido da transcrição dos princípios que informaram a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, e a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, uma e outra decisivas para o avanço e a consolidação dos direitos desta especial categoria de sujeitos.

Em continuidade, já no plano do direito interno, são feitas alusões ao advento da Constituição Federal de 1988, naquilo em que prestigiou a disciplina dos interesses da infanto-adolescência, e também à subsequente legislação regulamentadora, materializada no Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando-lhes os antecedentes históricos e sua perfeita sincronia com o modelo normativo internacionalmente proclamado. Chega-se, por imperioso, ao exame da doutrina da proteção integral (a primeira importante *dobradiça* deste trabalho), perscrutando-lhe os principais pilares, a saber: a) crianças e adolescentes guindados à categoria de efetivos sujeitos de direitos; b) sua peculiar condição de desenvolvimento; c) e, por fim, a absoluta priorização no atendimento de seus superiores interesses.

Vislumbra-se que o constituinte de 1988 chegou a se antecipar no acolhimento dos postulados da Convenção de 1989, seguindo-se grande empenho na elaboração e na aprovação do ECA. A proteção integral assim delimitada, como se expõe, exigirá especial atenção também por parte das funções de Poder, que deverão dispensar àqueles sujeitos de direito adequadas políticas e ações administrativas, legislativas e jurisdicionais. Destaca-se, como indissociável desdobramento, o direito de crianças e de adolescentes contarem com um desembaraçado procedimento no patamar das medidas recursais em juízo.

Avança-se, então, e agora numa perspectiva nomeadamente processual, para o exame da palpitante questão ligada à efetividade do processo, em que são inclusive reavivadas diversas recomendações encontráveis em tratados

internacionais, dirigidas a que as ações judiciais não pereçam dos males propiciados pela morosidade e pela inefetividade das decisões. A tal desiderato, salienta-se a contemporânea exigência de a lei disponibilizar procedimentos apropriados para cada espécie de pretensão deduzida, pondo-se em relevo, neste ponto, a temática afeta às tutelas jurisdicionais diferenciadas (a segunda importante *dobradiça* desta pesquisa), a cujos padrões vai se amoldar o figurino impresso pelo ECA, marcadamente no segmento recursal.

Discorre-se, ainda por essa linha de um regime diferenciado, sobre a conveniência de se contar com juízos e tribunais especializados no atendimento das causas relativas aos peculiares direitos da criança e do adolescente, traçando-se, a tanto, comparativo entre a atual proposta da Lei nº 8.069/90 e o que se tinha nos dois Códigos de Menores que a antecederam (o de 1979 e, antes ainda, o pioneiro deles, chamado Mello Mattos, de 1927).

Enfim, passa-se em revista ao diferenciado modelo recursal explicitado no Estatuto da Criança e do Adolescente, em que se operou a jurisdicionalização da atividade recursal (antes, falava-se de recurso administrativo), examinando-lhe as adaptações postas pelo legislador, as quais objetivam potencializar o rendimento das regras recursais aos níveis impostos pela doutrina da proteção integral e, por consequência, pela normativa internacional a que filiado o Estado brasileiro. Adverte-se, no entanto, que a tão-só presença de criança ou de adolescente no litígio não é suficiente para que se aplique o modelo recursal do ECA, que, antes, tem por suposto a circunstância de que a decisão recorrida tenha emanado de juízo no exercício de atribuições afetas à infância e à juventude.

Indica-se, também, que a adesão da Lei nº 8.069/90 aos parâmetros do Código de Processo Civil de 1973 abarca, inclusive, os recursos exercitados em ações públicas sócio-educativas, que versam sobre a prática de infração penal atribuída a adolescente, ainda que, na prática, continuem sendo julgados por câmaras e turmas criminais.

São enfrentadas, de seguida, as diversas variantes plasmadas pelo legislador estatutista no plexo recursivo, na exata dimensão de que as adaptações aí positivadas objetivam guardar sincronia com a doutrina da proteção integral. Recuperam-se, antes e ainda, os elementos que informam os juízos de admissibilidade e de mérito dos recursos, com realce para os pressupostos recursais.

Ao individualizado exame de cada um dos incisos que integram o art. 198, chama-se a cotejo, quando viável, as posições antes ostentadas pelos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, ou ainda o parâmetro seguido pelo Código de Processo Civil (CPC). Diz-se da desnecessidade do preparo recursal. Visita-se, então, a erçada questão dos prazos, inclusive aqueles atinentes aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a incidência do benefício dilatatório mencionado no art. 188 do CPC. Vistas a preferência de julgamento nos tribunais e a dispensa de revisor, assenta-se que a superveniência da Lei nº 9.139/95 fez prejudicar a disciplina até então dada pelo ECA ao agravo de instrumento. Discorre-se sobre as excepcionais hipóteses em que a apelação será recebida no duplo efeito, daí se chegando aos domínios do juízo de retratação no apelo. Conclui-se com o exame do recurso anotado no art. 199, utilizável, inclusive, para a impugnação de portarias baixadas pelo juiz da infância e da juventude.

É a síntese do caminho trilhado nesta pesquisa.

## 2

## RELEVÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

## 2.1

## A influência do jusnaturalismo

Se a gênese do direito internacional, numa prospecção sociopolítica, deita raízes no repúdio dos povos diante dos nocivos efeitos da guerra,<sup>1</sup> jurídica e filosoficamente, pode-se afirmar, é na expressão das diretrizes ligadas ao jusnaturalismo que assentam seus alicerces conceituais,<sup>2</sup> o que levou Henri Batiffol a mencionar a existência de uma “escola do direito natural e das gentes que se desenvolveu durante os séculos XVII e XVIII”.<sup>3</sup>

Como assinala Angel Latorre, por jusnaturalismo

designa-se um conjunto de doutrinas muito variadas mas que têm como denominador comum a crença de que o direito ‘positivo’ deve ser objecto duma

---

<sup>1</sup> Em torno dessa peculiaridade, Jenks assinala que: “historicamente, o direito internacional e a organização internacional são o produto da repulsa à guerra. Obras como *Lamentação de Paz*, de Erasmo, *Grande Designio*, de Sully, e *Paz Perpétua*, de Kant, – e a grandeza destes nomes, o sábio, o estadista e o filósofo, líderes de suas gerações, é, por si mesma, expressiva – representam seguidos protestos contra as devastações e o sofrimento da guerra. Não é estranho, pois, que a reação fosse direta e buscasse um remédio imediato para os males da guerra, na ação política ou em procedimentos legais” (JENKS, C. Wilfred. *Direito, liberdade e bem-estar*. Trad.: Francisco Maia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, p. 13). Ainda sobre a repulsa à guerra, em sua produção filosófica levada a cabo no século XVIII, escreveu Kant: “temos que trabalhar no sentido de estabelecer a paz perpétua e o tipo de constituição que nos pareça a que mais abra caminho para ela (digamos, um republicanismo de todos os Estados, conjunta e separadamente), a fim de instaurar a paz perpétua e colocar um fim à infame ação bélica, para o que, como seu principal objetivo, todos os Estados, sem exceção, têm até aqui dirigido seus arranjos” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad.: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 196).

<sup>2</sup> Conforme assinala Roque, “foram jusnaturalistas os grandes vultos iniciais do Direito Internacional, como Francisco Vitoria, Francisco Suárez, Alberico Gentili, Samuel Puffendorf, Christian Wolf e outros que os seguiram” (ROQUE, Sebastião José. *Direito internacional público*. São Paulo: Hemus, 1997, p. 16).

<sup>3</sup> BATIFFOL, Henri. *A filosofia do direito*. 6. ed. Trad.: Eugênio Cavalheiro. Lisboa: Editorial Notícias, 1981, p. 53.

valoração com referência a um sistema superior de normas ou princípios, que se denomina precisamente ‘direito natural’.<sup>4</sup>

Nessa mesma linha, aduz Tércio Sampaio Ferraz Júnior que uma das importantes contribuições dos jusnaturalistas consistiu no “sentido crítico-avaliativo do direito posto em nome de padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão”.<sup>5</sup>

Para Karl Larenz o direito natural “foi uma resposta à questão relativa à pretensão de validade do direito positivo ou a uma justificação imediata de determinadas exigências de conduta, a partir da ‘natureza humana’ ou da ‘razão’”.<sup>6</sup> Na percepção de Luiz Fernando Coelho:

Direito natural significa ‘o que é direito por natureza’, em oposição ao fabricado pelo homem, que é o positivo. É o que os homens já encontram, dado, portanto, e não o produzido pela atividade humana. Nesse sentido, natureza opõe-se a cultura, podendo-se definir o natural como produto da natureza e o positivo como produto da cultura.<sup>7</sup>

Associando o direito natural aos signos de uma *constante histórica* e de *problema* inarredável dos domínios da cognição jurídica, considera Miguel Reale que, mesmo

nas épocas de mais arraigado positivismo, quando parecia superada de vez a tese jusnaturalista [...] não se poderá afirmar que, mesmo então, a idéia do Direito Natural tenha deixado de ser um *problema* para se converter apenas em uma *indagação ilusória*, devida à persistência inadmissível de um equívoco.<sup>8</sup>

A assimilação dos valores ligados ao direito natural permeia longevas manifestações jurídicas de Poder. O compilador romano do *Digesto* dera atenção ao fenômeno, ao assegurar, por exemplo, que “todos os homens são iguais no que concerne ao direito natural” (*Quod ad jus naturale attinet, omnes homines*

<sup>4</sup> LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad.: Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978, p. 166.

<sup>5</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 26.

<sup>6</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Trad.: José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 235.

<sup>7</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria da ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 134.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 1.

*aequales sunt*. Dig., l. 50, t. 17, fr. 32, *De regulis juris*).<sup>9</sup> Vale, nesta passagem, reavivar a lembrança de que, ao lado do *Código* (*Codex Justiniani*), das Instituições (*Institutiones Justiniani*) e das *Novelas* (*novellae* ou *leis novas*), o *Digesto* (*Digesta* ou *Pandectas*) integrou o chamado *Corpus Juris Civilis*, portentosa obra confeccionada no século VI da era Cristã, por ordem do Imperador Justiniano,<sup>10</sup> ao tempo do Baixo Império Romano.<sup>11</sup>

Importante, pois, reconhecer os marcantes traços característicos do direito natural e pontuar-lhe as notas que o distinguem do nomeado direito positivo, o que será feito, nessa ordem, com apoio nos ensinamentos de Radbruch e de Bobbio.

Inicialmente, desvelando as principais marcas do direito natural, escreve Gustav Radbruch:

Desde o seu alvorecer até princípios do século XIX, pode dizer-se que toda a Filosofia do Direito foi a doutrina do *Direito Natural*. Esta designação abrange, certamente, manifestações da mais variada índole. O direito natural da Antigüidade, por exemplo, girava em torno da antítese: natureza-normas; o da Idade Média, em torno da antítese direito divino-direito humano; o dos tempos modernos, em torno da antítese: direito positivo-razão individual. Vemos na história, ora o Direito Natural estar ao serviço do direito positivo, para o fortalecer, ora, inversamente, ser um auxiliar na luta contra o direito positivo para o reformar. Em todo o caso, ele caracteriza-se em todas estas modalidades por certos traços fundamentais também distintos e que são os seguintes: 1º. Todas estas concepções do Direito natural nos fornecem certos ‘juízos de valor’ jurídico com um determinado conteúdo. – 2º. Esses ‘juízos de valor’ jurídico têm sempre

---

<sup>9</sup> VELLOSO, Augusto Versiani. *Textos de direito romano traduzidos*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923, p. 97.

<sup>10</sup> Em consonância com apontamentos de Surgik, “pela Constituição ‘*De Conceptione Digestorum*’, também conhecida por *Deo Auctore*, Justiniano nomeou comissão de 16 jurisconsultos, advogados e professores, a fim de promoverem a compilação dos *iura* (matéria referente à doutrina), já que a *leges* (matéria constituída de textos legais) haviam sido pouco antes dispostas no *Codex*”, sendo certo que, ainda nas palavras do autor, “constituía preocupação constante dos imperadores a boa utilização das fontes jurídicas clássicas. As *leges* e os *iura* haviam se acumulado no decorrer dos tempos. A sua consulta tornava-se trabalhosa e complexa. Os textos muitas vezes se achavam alterados por glossemas de toda ordem. A própria doutrina contida nas obras clássicas estava em parte desatualizada, sendo necessário, para a sua boa aplicação, um trabalho cuidadoso de seleção e revisão” (SURGIK, Aloísio. *Temas críticos de direito à luz das fontes*. Curitiba: Livros HDV, 1986, p. 66).

<sup>11</sup> Ensina Gilissen ter consistido o *Digesto* em “vasta compilação de extractos de mais de 1500 livros escritos por jurisconsultos da época clássica. Ao todo, forma um texto de mais de 150.000 linhas. O *Digesto* continuou a ser a principal fonte para o estudo aprofundado do direito romano. Um terço do *Digesto* é tirado das obras de Ulpiano, um sexto das de Paulo. Já em 426, uma ‘lei das citações’ tinha dado força de lei aos escritos de cinco jurisconsultos da época clássica: Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino” (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha; L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 92).

como fonte, ou a Natureza, ou a Revelação, ou a Razão, universais e imutáveis. – 3º. Tais juízos são acessíveis ao conhecimento racional. – 4º. Tais juízos, uma vez fixados, devem preferir às leis positivas que lhes forem contrárias; o direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo.<sup>12</sup>

Quanto aos critérios de distinção entre os direitos natural e positivo, Norberto Bobbio, lastreado em investigação que perpassa a história, destaca-os em número de seis:

a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst.- 1ª definição);

b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda. (Inst.- 2ª definição -, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;

c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura/potestas populus* (Inst.- 1ª definição -, Grócio);

d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio/voluntas* (Glück): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio);

f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.<sup>13</sup>

O pensamento jusnaturalista moderno idealizou, mediante critérios de racionalidade, promover a formal e sistemática demonstração da validade do direito natural, do que resultaram importantes efeitos práticos, dentre eles o movimento de codificação deflagrado no século XIX. Entretanto, assinala Celso

<sup>12</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Trad.: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 62.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas pelo Dr. Nello Morra. Trad.: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 22-23.

Lafer, “a codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”,<sup>14</sup> não tardando este a se distanciar do paradigma do direito natural.

No contexto brasileiro, a recepção do paradigma do direito natural é comprovada por sua inserção, como disciplina a ser ministrada no primeiro ano, na grade curricular dos cursos jurídicos, que acabavam de ser implantados por lei de 11 de agosto de 1827. Por seu valor histórico, vale a pena transcrever a justificativa então apresentada nos estatutos do Visconde de Cachoeira (aplicáveis nos termos do art. 10 da mencionada lei de 11 de agosto), conforme reporte de Celso Lafer: “o direito natural, ou da razão, é a fonte de todo o direito, porque na razão apurada, e preparada por boa e luminosa lógica, se vão achar os princípios gerais e universais para regularem todos os direitos, deveres e convenções do homem”. Por isso, deveria ser lecionado no primeiro ano do curso jurídico, juntamente com o Direito Romano que serviu de base “à maior parte dos códigos civis das nações modernas e muito dele se aproveitaram os compiladores das leis que nos regem”.<sup>15</sup>

Todavia, passado menos de um século e já se tendo por incorporados os pilares do positivismo jurídico no pensamento acadêmico nacional, a cadeira de direito natural ficou banida do ensino. Quanto a isso, Celso Lafer esclarece que a diluição do paradigma do direito natural

encontrou a sua expressão jurídica na República – que tendo suprimido, com a separação da Igreja e do Estado, a cadeira de Direito Eclesiástico em Recife e em São Paulo, substituiu, com a reforma de Benjamin Constant, de inspiração positivista, o ensino do Direito Natural pelo da Filosofia e História do Direito.<sup>16</sup>

Passa-se, desse modo, a um sintético olhar sobre o positivismo jurídico.

---

<sup>14</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 38-39.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 44. Registra Lafer, ainda, ter sido Pedro Lessa, na Faculdade de Direito de São Paulo, o primeiro a ocupar a antiga cátedra de Direito Natural com a nova denominação “Filosofia do Direito”.

## 2.2

### A afirmação do positivismo jurídico

É necessário realçar, ainda com base em Bobbio,<sup>17</sup> que, para antes da formação do Estado moderno, o juiz não estava adstrito a julgar exclusivamente com base em normas emanadas do Estado, achando-se, antes, liberado a decidir também com apoio em regras do costume, em lições de juristas e em princípios equitativos e de razão (direito natural), cujas fontes desfrutavam de idêntico valor hierárquico. É dizer, o direito natural e o direito positivo coexistiam paritariamente, devendo-se, outrossim, levar em conta que o pluralismo inerente à sociedade medieval comportava, em regime de simultaneidade, a vigência de regras próprias ao direito feudal, ao direito das corporações, ao direito das comunas e ao direito dos reinos, dentre outras, mas todas elas sob a ostensiva influência do direito romano, fortemente disseminado pela releitura do *Corpus Juris Civilis* justiniano, ocorrida em redor do primeiro milênio, pelos glosadores e pós-glosadores da Escola Jurídica de Bolonha.

Todavia, com o advento do *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado* (Bobbio), instaurado com a chegada do Estado Moderno, assiste-se ao fenômeno de passagem da concepção jusnaturalista à positivista, inaugurando-se o chamado ‘positivismo jurídico’, em que os direitos natural e positivo são hierarquicamente desequiparados, atribuindo-se apenas a este último a qualidade de direito em sua estrita acepção. Essa redução de todo o direito exclusivamente ao direito positivo estatalizado leva Bobbio a identificar o positivismo jurídico como sendo “*aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo*”.<sup>18</sup> (grifo no original)

Essa mudança de referencial teórico, entretanto, não faz obscurecer o sólido legado dos valores brotados do direito natural, que continuam encontrando espaço dentro do normatizado modelo positivista, marcadamente nas conquistas relacionadas ao reconhecimento dos direitos da essencialidade humana. Adriano de Cupis, por exemplo, sublinha que a Declaração dos Direitos do Homem e do

---

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto. Obra citada, 1995, especialmente p. 26 a 32.

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. Obra citada, 1995, p. 26.

Cidadão, fruto da Revolução Francesa de 1789, “constitui o triunfo da escola do direito natural, firmando a concepção da existência de direitos subjectivos preexistentes ao Estado, não criados, mas somente reconhecidos por ele”.<sup>19</sup> Sua influência, modernamente, é identificada por Michel Mialle nos valores humanos incorporados nas relações internacionais,<sup>20</sup> projetando-se, mais, nos ordenamentos constitucionais das nações, que, invariavelmente, estabelecem direitos invioláveis dos indivíduos perante a ordem estatal.

Não se pode, entretanto, descartar a preocupante possibilidade de que o instrumental positivista, em mãos inadequadas, venha a distorcer a nobre expressão do direito natural, fazendo-o refém de manejo ideológico por parte de incivilizados detentores do Poder. Realmente, as cambiantes contingências sociais, econômicas, políticas, culturais, étnicas e religiosas podem acarretar destrutivas distorções na compreensão da essencialidade da condição humana, fazendo crer, v.g., na existência de raças ou credos capazes de tornar determinadas pessoas ou grupos sociais, portadores de virtudes ou direitos superiores aos de outros semelhantes.

Como antevisto, em referência feita por Bobbio, já Aristóteles apregoava que o direito natural pode sofrer mudanças ao longo do tempo. Também Miguel Reale adverte que, “consoante a concepção que cada época histórica tem do homem, segundo diversas escalas prioritárias de valores, variará o enfoque do Direito Natural”.<sup>21</sup> Essa mesma historicidade, fornece a compreensão de que também os hodiernos direitos humanos resultarão das progressivas conquistas culturais do senso civilizatório.

---

<sup>19</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad.: Adriano Vera Jardim; Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 19.

<sup>20</sup> Sublinha Mialle o fato de que, “no plano internacional, basta ler os discursos dos diversos delegados à ONU para se ter uma idéia de quanto as noções jusnaturalistas são utilizadas. Certamente, as expressões ‘justiça’, ‘direito dos povos a dispor de si mesmos’, ‘igualdade’ ou ‘dignidade’ não têm o mesmo sentido segundo a nacionalidade do representante! Mas o que é importante é notar que o combate político se exprime, a este nível, neste vocabulário. Assim, quando o povo palestiano força a ONU a reconhecê-lo como povo no sentido jurídico do termo, portanto, titular do direito à autodeterminação, utilizou, neste plano, a noção jusnaturalista da autodeterminação como uma das armas do combate para a sua independência”. A propósito dessa afirmação, cumpre lembrar que, para Mialle, o direito, mesmo o natural, “funciona como ideologia no seio da sociedade” (MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Trad.: Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 272-274).

<sup>21</sup> REALE, Miguel. Obra citada, p. 3.

Fatores como o sexo e a idade já se prestaram a legitimar escusos privilégios em benefício de alguns e prejuízo de outros, o que vem sendo objeto de visível e paulatina correção, notadamente nas últimas décadas, por meio de instrumentos normativos de direitos humanos, em que ganham realce axiomas relacionados à igualdade, liberdade, solidariedade e tolerância, sem qualquer distinção entre seus sujeitos destinatários.<sup>22</sup>

Feitas essas introdutórias considerações em torno de suas bases teórico-filosóficas, seguem, agora, pontuais indicações históricas e conceituais a respeito do direito internacional público, cujo ramo servirá de suporte para alavancar o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.

### 2.3

#### Breve histórico e conceito

Em apurada retrospectiva cronológica, menciona Celso D. Albuquerque Mello<sup>23</sup> uma relação de fundadores do direito internacional público, em número de dez, a saber: Francisco de Vitória (1492 ou 1483-1546), Alberico Gentili (1552-1608), Francisco Suárez (1548-1617), Hugo Grotius (1585-1645), Ricardo Zouch (1590-1660), Samuel Puffendorf (1632-1694), Cornelio van Bynkershoek

---

<sup>22</sup> Em esclarecedora alusão, assevera Höffe: “sem dúvida, muitos enunciados do direito natural são devedores de situações passadas de direito e de estado. Quem, por exemplo, afirma com Aristóteles que existem escravos não só com base na lei e na força (*Kata nomon Kai biasdeioi: Política I 6, 1255b 15*), mas também por natureza (*physei, Política I 5, 1255a 2 e passim*), quem com Kant limita as mulheres a certos papéis no casamento e na família, e com ele crê que aprendizes, operários, mensageiros e ‘mulheres em geral’ não podem ser cidadãos ativos (*Doutrina do direito, § 46*), corre realmente o risco de defender pretensões de dominação superadas, conjurando princípios absolutos. Mas nós encontramos, na tradição jusnaturalista, também justamente o oposto. Ainda mais: com a antítese de *physis* e *nomos* se desenvolve pela primeira vez um instrumental crítico para a crítica ética do direito e do estado” (HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Trad.: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 84).

<sup>23</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 163-167. Esclarece o autor, que “a denominação de Fundadores do DI é retirada de uma obra coletiva publicada em 1904 (*Les Fondateurs du Droit International*), com uma introdução de Antoine Pillet. A Fundação Carnegie, em uma célebre coleção (*Classics of International Law*), os denomina de ‘clássicos’, acrescentando todavia alguns doutrinadores (Textor, por exemplo). No Brasil, Raul Pederneiras denominava os autores estudados a seguir de ‘Decênviros’.”

(1673-1743), Christian Wolf (1676-1756), Emer (Emerich) de Vattel (1714-1767) e Georges-Frederic von Martens (1756-1821).

Em meio a esse rol de apontados precursores, Luigi Ferrajoli credita exponencial relevo à figura do teólogo espanhol Francisco de Vitória para a fundação do direito internacional, informando que, após parafrasear as Instituições de Gaio e substituir o termo *homines* (homens) por *gentes*, “Vitória propõe esta definição do direito internacional: *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium* (o que constitui regra natural entre todas as gentes chama-se de direito das gentes)”.<sup>24</sup>

Acrescente-se, com Luís Ivani de Amorim Araújo, que o dominicano Vitória, em seus escritos sob o título *Relectiones Theologica*,

ocupa-se de problemas internacionais, principalmente em ‘*De Indiis*’, ‘*De Jure Belli*’ e em ‘*Potestate Civili*’. Defende os íncolas americanos contra os conquistadores espanhóis, pois aqueles eram os legítimos senhores do território que habitavam, opondo-se, pois, aos que afirmavam que eles careciam do direito de domínio e condena a conversão dos mesmos pelas armas.<sup>25</sup>

Por tudo isso, no Primeiro Congresso Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional, reunido em Salamanca, em 6 de outubro de 1951, proclamou-se a Francisco de Vitória como o fundador do Direito das Gentes.<sup>26</sup>

As guerras se constituíram em fonte primária do desenvolvimento das relações internacionais. Um destes lendários episódios bélicos, a Guerra dos Trinta Anos, teve seu término, em 1648, selado pelo Tratado de Westfália,<sup>27</sup> que

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Trad.: Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 10.

<sup>25</sup> ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *História do direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 36.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>27</sup> A esse respeito, Luís Ivani de Amorim Araújo traz os seguintes esclarecimentos: “acontecimento de real importância para o desenvolvimento do Direito Internacional foi, sem dúvida, a assinatura, em 1648, dos tratados de Westfália (firmado em Osnabruck, com a Suécia, e em Munster, com a França) pondo término à guerra dos 30 anos. O convênio sanciona a desintegração da *Res publica Christiana*, o princípio da liberdade religiosa (é bem verdade que os súditos deviam seguir a religião de seu soberano – *cujos eius religio*) e, em consequência, a igualdade de todos os Estados, fossem católicos ou protestantes, monarquias ou repúblicas, e consagra o princípio do equilíbrio político, isto é, mantinha-se uma distribuição de forças entre os Estados, de forma que nenhum deles poderia iniciar uma guerra de agressão com a certeza da vitória. Surgem novos Estados, Países Baixos e Suíça, e o Império alemão é dividido em 355 pequenos Estados, e embaixadas permanentes são acreditadas nos diversos membros da comunidade internacional. É significativo que através da bula *Zelo Domus Dei*, o Papado protestasse contra o Tratado, considerando-o nulo e sem valor” (*Ibidem*, p. 42).

serviu, à época, para regular as complexas relações interestatais em continente europeu. Explicitando a importância desse tratado para o direito internacional público, diz José Augusto Lindgren Alves:

Matriz do 'sistema internacional' até o estabelecimento da Liga das Nações [1919], que pretendeu, com pouco êxito, reordenar a comunidade internacional, o sistema westfaliano tinha como único sujeito de direito o Estado soberano e como axiomas a soberania, a auto-determinação, a igualdade entre as Partes Contratantes e a reciprocidade entre os Estados no cumprimento das obrigações. [...] O sistema westfaliano começou a modificar-se mais concretamente a partir de 1945, com a Organização das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais multilaterais, também sujeitos de direito, e com a emergência gradativa de outros atores influentes, como as corporações transnacionais e as organizações não-governamentais. Mas a maior modificação no campo jurídico decorreu, em especial, da consolidação do Direito Internacional dos direitos humanos.<sup>28</sup>

É a partir das guerras, por exemplo, que o direito humanitário internacional vai emergir como uma das primeiras manifestações de apreço à dignidade do ser humano, abrindo-se, por outro flanco, amplo debate acerca das várias questões relacionadas aos refugiados, aos apátridas, à nacionalidade, notadamente após os dois Grandes Conflitos da primeira metade do século XX.<sup>29</sup>

Seria equivocado, no entanto, pretender circunscrever o raio de ação do direito internacional público unicamente aos interesses estratégico-militares. Assim considerando, Celso Lafer identifica outros dois focos igualmente relevantes, quais sejam, o campo das relações econômicas e o campo dos valores relativos à vida em sociedade, ambos de marcante presença na agenda das relações entre os Estados.<sup>30</sup>

Em vista dessa larga frente de interesses, é compreensível que os entes estatais não possam ficar alheios à movimentação extra-fronteiras, sob pena de verem estagnados seu próprio desenvolvimento e respeitabilidade perante a opinião global. Luigi Ferrajoli chega a vaticinar que,

---

<sup>28</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997, p. 15.

<sup>29</sup> Sobre essas questões, cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, especialmente Capítulo V, p. 146 e seguintes.

<sup>30</sup> LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 184.

fora do horizonte do direito internacional, de fato, nenhum dos problemas que dizem respeito ao futuro da humanidade pode ser resolvido, e nenhum dos valores do nosso tempo pode ser realizado: não apenas a paz, mas tampouco a igualdade, a tutela dos direitos de liberdade e sobrevivência, a segurança contra a criminalidade, a defesa do meio ambiente concebido como patrimônio da humanidade, conceito que também inclui as gerações futuras.<sup>31</sup>

Nesse mesmo sentido, avalia José Joaquim Gomes Canotilho que

as declarações internacionais de direitos do homem, os grandes pactos internacionais sobre direitos e liberdades civis, políticas e sociais, a estruturação de novos espaços político-econômicos com base no respeito e realização dos direitos fundamentais, pouca folga darão aos novos pretendentes do despotismo (...) ninguém pode ficar de fora da comunidade internacional, ou, como hoje se dirá num mundo anglicizado, a ninguém é reconhecido o direito de *opting out* da comunidade internacional.<sup>32</sup>

Buscando-se, agora, dar contorno conceitual ao direito internacional público, recolhe-se a perspectiva traçada por alguns especialistas pátrios. Em sua moderna definição, diz Hildebrando Accioly que “o direito internacional público ou direito das gentes é o conjunto de princípios ou regras destinados a reger os direitos e deveres internacionais, tanto dos Estados ou outros organismos análogos, quanto dos indivíduos”.<sup>33</sup>

À sua vez, define-o Celso D. Albuquerque Mello como “o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional. Tais pessoas internacionais são as seguintes: Estados, organizações internacionais, o homem etc.”.<sup>34</sup>

Oliveiros Litrento, em reflexivas leituras a respeito do papel do Direito Internacional Público (DIP), oferece duas perspectivas que vão a seguir transcritas. Em uma primeira abordagem, afirma que:

vem a ser o *Direito Internacional* instrumento da liberdade de comércio e da comunicação dos povos, respeitadas seus direitos fundamentais através do *princípio da autodeterminação*, que Vitória, o grande professor de renome de Salamanca, o maior vulto da ‘Escola Espanhola do Direito das Gentes’, estruturou como norma internacional fundamental em sua conhecida ‘*Relectio de Indis Recenter Inventis*’ em pleno século XVI. Outro não é o motivo por que o

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 51.

<sup>32</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Coleção Fundação Mário Soares. v. 7. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 23-24.

<sup>33</sup> ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 17.

<sup>34</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 67.

*Direito Internacional*, sempre lembrado por Camões e aproveitado em tantos de seus versos marinheiros de *Os Lusíadas*, é, por excelência, o instrumento jurídico tecido pela angústia político-econômico-social de todos os povos, aí também compreendidos os possíveis ultraterrestres, instrumento jurídico da paz e da guerra, de comunicação e da liberdade.<sup>35</sup>

Num segundo enfoque, Oliveiros Litrento, apoiando-se em autores estrangeiros, expõe o seguinte pensar:

Sendo ‘o mínimo ético indispensável para se viver em sociedade’, segundo a definição de Jellinek, a oscilar em face de seus altos objetivos, para o máximo ético, conforme a conceituação de Schmoller, o D.I.P. tem, mais do que qualquer outro ramo de Direito, uma maior área de domínio moral. E como se caracteriza por uma vigilância constante contra ‘a violação das obrigações morais ligadas à idéia de humanidade’, tendo de sobreviver sem o sacrifício ou mesmo limitação do princípio da autodeterminação de seus membros, o D.I.P., hoje mais do que ontem, encontra-se em crise.<sup>36</sup>

Como contraluz e desde uma perspectiva socialista, em trabalho escrito em 1974, antes, portanto, da dissolução da União Soviética, G. Tunkin, R. Bobrov e I. Lukashuk, juristas daquele País, lançaram as seguintes ponderações sobre os modernos propósitos do direito internacional, deixando, ainda que veladamente, transparecer o sentimento tão próprio da bipolaridade política à época reinante. Observe-se:

*En el Derecho Internacional moderno, el principio de la igualdad y la autodeterminación de los pueblos constituye uno de sus postulados fundamentales. El Derecho Internacional en vigor protege la libertad y la independencia de los pueblos y declara fuera de la ley al colonialismo. Es, por su orientación, un Derecho anticolonialista.*<sup>37</sup>

Concluindo essas considerações de ordem histórica e conceitual, mencione-se, a exemplo do que feito em relação ao direito natural e à filosofia do direito, a seguinte efeméride quanto ao direito internacional, de que dá notícia Sebastião José Roque:

<sup>35</sup> LITRENTO, Oliveiros. *Estudos de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 68.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>37</sup> TUNKIN, G.; BOBROV, R.; LUKASHUK, I. *Curso de derecho internacional*. Libro 1. Trad.: Federico Pita. Moscú: Editorial Progreso, 1979, p. 63.

O estudo de Direito Internacional constava já no programa estabelecido pelo decreto imperial que criou os cursos jurídicos no Brasil e as duas primeiras faculdades de direito neste país, no memorável 11 de agosto de 1827. A primeira aula do curso de direito no Brasil foi ministrada em São Paulo, em 1 de março de 1828, tendo como local o colégio da Congregação Franciscana, no Largo de São Francisco, em São Paulo, e foi uma aula de ‘Direito das Gentes’, nome com que foi incluído no programa. Proferiu a aula inaugural o Cons. Brotero.<sup>38</sup>

Visita-se, em seguida, o projeto kantiano sobre a paz, que tanto marcou o desenvolvimento do direito internacional público.

## 2.4

### Kant e a paz perpétua

Em meio a um conturbado período bélico vivenciado pela Europa nos anos seguintes à Revolução Francesa, Immanuel Kant, em 1795 (seguindo-se uma segunda edição em 1796), injeta em sua vasta obra um importante ensaio, sob o sugestivo figurino de um virtual pacto internacional, contendo propostas para o alcance de um perene clima de harmonia entre as nações. Tal estudo, intitulado *A Paz Perpétua – Um Projeto Filosófico*,<sup>39</sup> resultou composto, após brevíssima introdução, dos seguintes compartimentos:

- a) seis artigos preliminares para a paz perpétua entre os Estados, a saber:
  - 1º) “Não deve considerar-se como válido nenhum tratado de paz que se tenha feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura”;
  - 2º) “Nenhum Estado independente (grande ou pequeno, aqui tanto faz) poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação”;
  - 3º) “Os exércitos permanentes (*miles perpetuus*) devem, com o tempo, desaparecer totalmente”;

<sup>38</sup> ROQUE, Sebastião José. *Direito internacional público*. São Paulo: Hemus, 1997, p. 18.

<sup>39</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Trad.: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 119-171.

- 4º) “Não se devem emitir dívidas públicas em relação com os assuntos de política exterior”;
- 5º) “Nenhum Estado deve imiscuir-se pela força na constituição e no governo de outro Estado”;
- 6º) “Nenhum Estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura, como, por exemplo, o emprego no outro Estado de *assassinos (percussores)*, *envenenadores (venefici)*, a *rotura da capitulação*, a *instigação à traição (perduelli)* etc”;
- b) três artigos definitivos para a paz perpétua entre os Estados, a saber:
- 1º) “A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana”;
- 2º) “O direito das gentes deve fundar-se numa *federação* de estados livres”;
- 3º) “O *direito cosmopolita* deve limitar-se às condições da *hospitalidade universal*”;
- c) um primeiro suplemento, sob a rubrica *Da Garantia da Paz Perpétua*, em que se explica por que modo o curso mecânico da natureza, através da discórdia dos homens, faz brotar a harmonia, mesmo contra sua vontade;
- d) um segundo suplemento, sob a rubrica *Artigo Secreto Para a Paz Perpétua*, sintetizado na seguinte proposição: “As máximas dos filósofos sobre as condições de possibilidade da paz pública devem ser tomadas em consideração pelos Estados preparados para a guerra”;
- e) finalmente, um apêndice composto de dois subtítulos, a saber:
- 1º) o primeiro, com a rubrica *Sobre a Discrepância entre a Moral e a Política a Respeito da Paz Perpétua*, enaltece o comportamento do *político moral* e rechaça o agir do *moralista político*, considerando a este último como sendo aquele que forja uma moral útil às conveniências do homem de Estado, equiparável, diz Kant, à reprovável conduta dos juristas de artesanato, não de legislação, e, por isso mesmo, à margem do princípio segundo o qual devemos agir de tal modo que possamos querer que nossa

máxima se torne uma lei universal, concluindo, ao cabo, pela inexistência de conflito entre a moral e a política (ao menos no plano objetivo-teórico); 2º) o segundo subtítulo, com a rubrica *Da Harmonia da Política com a Moral segundo o Conceito Transcendental no Direito Público*, assenta sua premissa central na impossibilidade da realização de justiça sem a publicidade dos atos estatais que afetem interesses alheios, o que vem sintetizado em dois princípios transcendentais de direito público assim propostos por Kant: “São injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizem com a publicidade” e “Todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e a política.”

Em didática análise sobre esse receituário kantiano contra as guerras, esclarece Norberto Bobbio:

A teoria da paz perpétua no pensamento de Kant está fundamentada em quatro pontos principais (...): 1) os Estados nas suas relações externas vivem ainda *num estado não-jurídico* (...); 2) o estado de natureza é um *estado de guerra* e portanto um *estado injusto* (da mesma maneira como é injusto o estado de natureza entre os indivíduos); 3) sendo este estado injusto, os Estados têm o dever de sair do mesmo e fundar uma *federação de Estados*, segundo a idéia de um contrato social originário, ou seja, ‘uma união dos povos por meio da qual eles sejam obrigados a não se intrometer nos problemas internos uns dos outros, mas a proteger-se contra os assaltos de um inimigo externo’; 4) essa federação não institui um poder soberano, ou seja, não dá origem a um Estado acima dos outros Estados, ou *superestado*, mas assume a figura de uma *associação*, na qual os componentes permanecem num nível de colaboração entre iguais (*societas aequalium*), como se dos dois contratos que, segundo a doutrina tradicional do jusnaturalismo, eram necessários para a formação do Estado, o *pactum societatis* e o *pactum subiectionis*, tivesse que ser efetivado, para resolver os conflitos entre os Estados, somente o primeiro e de forma alguma o segundo.<sup>40</sup>

Daí em diante, o contributo de Kant, como ideário para o atingimento da paz nas relações jurídico-internacionais,<sup>41</sup> faz consolidar a presença desse temário na agenda política mundial. De conformidade com Soraya Nour, a

---

<sup>40</sup> BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad.: Alfredo Fait. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992, p. 159-160. Lembra Bobbio, ainda, que os seis artigos preliminares estabelecem as condições necessárias para que sejam eliminadas as principais razões de guerra entre os Estados, enquanto que os três artigos definitivos fixam as condições necessárias para o estabelecimento de uma paz duradoura (p. 160).

<sup>41</sup> Além de Kant, outros filósofos também dedicaram estudos à paz. Luís Ivani de Amorim Araújo menciona, dentre outros, Desiderio Erasmo de Roterdam (*Querela Pacis*) e o

idéia da paz vinculada ao direito será marcante em todo o movimento pacifista do século XIX; a obra de referência dessa idéia será a *Paz perpétua*, que será considerada o marco da nova era do pacifismo, o ponto de partida de todos os esforços pacifistas dos séculos XIX e XX, e seu autor o ‘fundador da filosofia da paz’.<sup>42</sup>

Ainda nas palavras dessa autora, ao

ligar o problema da paz ao da organização internacional, Kant teria fundado o que Ledermann chama de um ‘pacifismo do realizável’ – com fundamento jurídico – em oposição ao que chama de um pacifismo ‘poético’, ou ainda ‘bucólico’ – com fundamento religioso.<sup>43</sup>

É nítida, pois, a permanente atualidade do pensamento do filósofo de Königsberg, o que justifica a importância devotada ao seu opúsculo dedicado à paz mundial. Questões como as que envolvem a boa fé (lealdade) entre os Estados subscritores de tratados internacionais, exacerbados gastos estatais com suas forças armadas (ainda que ausente quadro de hostilidades externas), a falta de razoabilidade dos governantes ou, ainda, as sempre discutíveis intervenções militares de superpotências em nações defensivamente débeis, em seu conjunto avalizam a precisão com que Kant identificou os pontos mais nevrálgicos e que de modo quase imutável têm sido decisivos para a instabilidade das relações entre os povos, dificultando o atingimento do estado de pacifismo por ele idealizado.

De outro viés, sua idéia em torno de uma federação de Estados livres ou, como por ele dito, federação da paz – *foedus pacificum* (cf. os termos de seu segundo artigo definitivo para a paz perpétua), parece ter ecoado na Declaração Universal de 1948, da ONU, em cujo Preâmbulo vem informado que “os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais da pessoa e a observância desses direitos e liberdades”. Vale dizer, sem perderem sua autonomia, os Estados signatários, ligados a um organismo supranacional, dispõem-se a compor esforços em prol de superiores interesses comuns.

---

Abade de Saint-Pierre (*Projet Pour Pendre la Paix Perpétuelle em Europe*) (ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Obra citada, p. 42-44).

<sup>42</sup> NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 111.

<sup>43</sup> NOUR, Soraya. Obra citada, p. 112.

Outras manifestações harmonizadas com a referida proposta federacionista, vêem-se contemporaneamente corporificadas por meio da conjunção de países em hegemônicos blocos regionais, alicerçados na presença de uniformes aspirações políticas, econômicas, sociais, culturais e mesmo estratégico-militares, de que é aceso exemplo a denominada União Européia,<sup>44</sup> cuja congregação de Estados, em paulatina expansão, teve recentemente aprovada, por seus vinte e cinco países membros, uma Constituição que lhes será comum.<sup>45</sup> Em versão bem mais incipiente, pode-se mencionar o chamado Mercosul, coligação orientada a uma integração econômico-alfandegária, com pouco mais de uma década de existência, em que alguns países do Cone Sul ainda experimentam enormes dificuldades de avanço, marcadamente no que se relaciona às barreiras tarifárias.<sup>46</sup>

Cronologicamente mais próximo a esse inexorável modelo aglutinador, que se impunha numa Europa devastada pela Segunda Grande Guerra, Winston Churchill teria afirmado:

Ainda que não seja fácil dizê-lo nas circunstâncias atuais, eu creio que a família européia deve agir unida sob a égide de um único Conselho da Europa. Vejo no futuro a existência dos Estados Unidos da Europa, nos quais as barreiras entre as nações terão desaparecido praticamente e serão possíveis as deslocções sem restrições.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> No esclarecimento de Canotilho, “a Comunidade Européia constitui uma associação específica, à qual foi atribuído um poder originário supranacional e em que uma das manifestações mais exuberantes deste poder é a competência normativa. Daí a importância desta nota: o ordenamento estadual abre-se a fontes de direito supranacionais, alterando-se, também neste contexto, radicalmente, o monopólio estadual de criação do direito” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 787).

<sup>45</sup> A Carta (Constituição) da União Européia, como veio de ser largamente divulgado pela imprensa, resultou aprovada em reunião de cúpula, no dia 18 de junho de 2004, em Bruxelas (Bélgica).

<sup>46</sup> Instituído pelo Tratado de Assunção (a 26 de março de 1991), com o intuito de estabelecer um mercado comum após 31 de dezembro de 1994, o Mercosul agregou, inicialmente, os interesses de Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Atualmente, para além desses quatro Estados fundadores, foram admitidos outros quatro países, na qualidade de ‘membros-associados’, a saber, Chile, Bolívia, Peru e, mais recentemente, Venezuela. Aham-se encaminhadas tratativas para, com esse mesmo *status*, admitir-se também ao México. Na última (26ª) Reunião de Cúpula de Presidentes e Ministros dos Países do Mercosul, acontecida em Puerto Iguazu, Argentina, em julho de 2004, houve o anúncio da implantação do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, a ser inaugurado em agosto de 2004, em Assunção, Paraguai (Jornal *Folha de São Paulo*, 9 jul. 2004, p. B-3; Jornal *O Estado de S. Paulo*, 9 jul. 2004, p. B-6).

<sup>47</sup> BIBLIOTECA SALVAT de Grandes Temas. *As organizações internacionais*. v. 60. Rio de Janeiro: Salvat, 1980, p. 89.

Por volta do ano de 1955, até mesmo o peninsular processualista Francesco Carnelutti aludia ao movimento tendente à *Comunidade internacional*, dizendo que haveria de ser “um movimento mais lento e fatigante, que não poderá se realizar mais por etapas: uma dessas etapas é a que está tratando de realizar diante de nossos olhos com a Constituição dos Estados Unidos da Europa”.<sup>48</sup>

Igualmente irmanado à proposta de uma federação de Estados independentes para o alcance e a preservação da paz, admite John Rawls seguir

o exemplo de Kant na *Paz perpétua* (1795) ao pensar que um governo mundial – com o que me refiro a um regime político unificado, com poderes jurídicos normalmente exercidos por governos centrais – seria um despotismo global ou, então, governaria um império frágil, dilacerado pela guerra civil freqüente, quando várias regiões e povos tentassem conquistar liberdade e autonomia políticas.<sup>49</sup>

Nada obstante se vivencie, sobretudo após o surgimento da Liga das Nações (1919), densa mobilização dos Estados no sentido de agruparem-se em torno de organismos políticos de atuação mundial ou regional, ou mesmo integrarem blocos geopolíticos caracterizados por maior grau de coesão entre seus membros (como é o caso da prefalada União Européia), ainda assim não se alcançou um patamar de confiança global entre os povos, que fosse capaz de relegar a um nível de secundária preocupação os assuntos da guerra.

Tal sentimento de incerteza quanto às ações destrutivas deflagradas por pessoas, grupos ou governantes insensatos, segundo as mais diversas razões (políticas, econômicas, religiosas etc.), levou a que a Organização das Nações Unidas, em 17 de julho de 1998, aprovasse o denominado ‘Estatuto de Roma’,<sup>50</sup> por ele instituindo o Tribunal Penal Internacional (TPI), de caráter permanente e com plena vigência desde 17 de julho de 1998, data em que foi depositado o sexagésimo instrumento de ratificação.<sup>51</sup> Com isso, desaparece, relativamente aos

---

<sup>48</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. 3. ed. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Ed. Líder), 2003, p. 60.

<sup>49</sup> RAWLS, John. *O direito dos povos*. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 46.

<sup>50</sup> Com os votos contrários da China, Estados Unidos, Israel, Sri Lanka, Filipinas, Índia e Turquia.

<sup>51</sup> No Brasil, o Estatuto de Roma, criador do TPI, recebeu chancela do Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002, sendo, pouco depois, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388, de 25.09.2002 (pub. DOU 26.09.2002).

fatos nele tipificados e ocorridos após a sua entrada em vigor, a necessidade de a ONU instituir os chamados Tribunais Internacionais *ad hoc*, tal como sucedido na década de 1990, em relação àqueles implantados para se apurar e julgar as atrocidades perpetradas nos sangrentos conflitos em territórios da ex-Iugoslávia e de Ruanda. Em linhas gerais, prevê o Estatuto de Roma que o TPI terá jurisdição complementar às jurisdições penais nacionais (art. 1º), cabendo-lhe julgar os tipificados crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão (art. 5º).

Conclui-se, portanto, que a marcha para se alcançar a paz perene não pode, por ora, prescindir de concomitantes mecanismos tendentes a administrar e responder juridicamente aos males derivados da violência, tão próprios do estágio de incivilidade que ainda teima em permear a humanidade e, por conseguinte, distanciá-la do ideal cosmopolita de hospitalidade universal, tal como concebido por Kant em seu terceiro artigo definitivo para a Paz Perpétua.

Revistos os densos valores morais e as máximas de universalidade, presentes no projeto kantiano, o que vai se perceber é que ainda relutam certas autoridades locais em absorver os compromissos jurídicos internacionalmente assumidos, quase sempre em nome de uma soberania de feições já desgastadas. É nesse diapasão que se consideram, a seguir, os pontos de vista que plasmam as correntes monista e dualista, ao justificarem os critérios de convivência entre o direito internacional e os ordenamentos domésticos dos Estados.

## 2.5

### **O monismo, o dualismo e a posição do STF**

Posto que a cada dia se estabeleçam relações jurídicas no âmbito da comunidade internacional, nem sempre os compromissos pactuados pelos Estados contratantes trarão consigo a certeza de que suas diretivas gozarão de plena e desembaraçada eficácia nos respectivos territórios nacionais. Máximas como a da boa fé (calcada no milenar princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual, o que foi livremente pactuado há de ser cumprido), que devem orientar o cumprimento

de tratados internacionais,<sup>52</sup> são freqüentemente desrespeitadas por países signatários, que o fazem, não raro, sob o argumento da primazia de seu ordenamento jurídico interno em face de discrepante norma convencional.

É fora de dúvida que, sobretudo no plano dos tratados de direitos humanos, uma recusa assim posta somente seria aceitável, se demonstrado pelo Estado-parte que sua correspondente norma interna ostenta conteúdo mais benéfico do que a constante do documento internacional, que pretende desprezar. Por isso que ao Estado insubordinado, desejando desligar-se do acordo externo, a que livremente aderira, caberia tão-somente denunciá-lo a tempo e modo.<sup>53</sup>

Nada obstante a singeleza que o mencionado conflito possa evocar, tendendo-se, num primeiro momento, a uma solução que privilegie a incidência do preceito internacionalmente convencionalizado em detrimento do normativo interno, tem-se aí um foco de inconciliáveis opiniões buscando dirimir essa *quaestio*. De um lado, recolhe-se a visão dos partidários da teoria dualista; de outro, a dos seguidores da teoria monista, com dois distintos recortes. José Francisco Rezek assim delinea o quadro:

Para os autores dualistas – dentre os quais se destacam neste século [XX] Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionísio Anzilotti, na Itália –, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade jurídica de uma norma interna não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional. Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponha como uma faculdade discricionária. O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos.<sup>54</sup>

Relativamente à teoria dualista, esclarece Celso D. Albuquerque Mello que Triepel parte da “concepção de que o DI e o Direito Interno são ‘noções

<sup>52</sup> A tal propósito, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ONU/1969) preceitua, em seu art. 27, que: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

<sup>53</sup> Em consonância com a lição de Accioly, a denúncia de um tratado “é o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra, ou às outras, a sua intenção de dar por findo esse tratado, ou de se retirar do mesmo” (ACCIOLY, Hildebrando. *Obra citada*, p. 176).

<sup>54</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 4-5.

diferentes' e, em conseqüência, as duas ordens jurídicas podem ser tangentes, mas não secantes, isto é, são independentes, não possuindo qualquer área em comum”, por isso que, prossegue Albuquerque Mello:

Esta concepção conduz à denominada ‘teoria da incorporação’, isto é, para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua ‘transformação’ em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico.<sup>55</sup>

Um dos maiores críticos do modelo dualista foi Kelsen, que, de forma bastante ácida, conforme relata Sylvia Helena de Figueiredo Steiner,

em um de seus trabalhos, chegou a afirmar que ‘a construção dualista é aquela dos primitivos. Os membros de uma sociedade primitiva são incapazes de conceber uma ordem jurídica em volta deles que regule sua própria comunidade’.<sup>56</sup>

Quanto ao monismo, que repudia a concomitante existência de duas ordens jurídicas autônomas, esprou-se seu ideário por duas frentes, uma que celebra a unidade do ordenamento com a primazia do direito interno (monismo nacionalista), enquanto a outra, enaltece a primazia do direito internacional (monismo internacionalista).<sup>57</sup>

Para os defensores da primeira corrente (Wenzel, os irmãos Zorn, Decenièrre-Ferrandièrre e Verdross – este apenas no início), como destaca Celso D. Albuquerque Mello,

o DI tira a sua obrigatoriedade do Direito Interno. O DI é reduzido a um simples ‘direito estatal externo’. Não existem duas ordens jurídicas autônomas que

---

<sup>55</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 109. Note-se que o autor usa a sigla DI para aludir ao direito internacional.

<sup>56</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 62-63.

<sup>57</sup> Para antes da afirmação daquela que alcunhou de ‘nova’ teoria monista de Kelsen, com a supremacia do direito internacional sobre o estatal, Ferrajoli registra que numa anterior teoria monista do direito internacional, capitaneada por Hegel, este negava a existência de um direito internacional, por ele identificado apenas como o ‘direito externo do Estado’, resumido ao “conjunto de normas *estatais* que disciplinam as relações entre os Estados. Esta teoria Hegeliana prevalece ao longo do séc. XIX, até o advento da teoria dualista de Triepel, que já admite a coexistência entre os direitos estatais e o direito internacional (FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 37).

mantenham relações entre si. O DI é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional.<sup>58</sup>

Já para os seguidores da segunda corrente, desenvolvida principalmente pela Escola de Viena (Kelsen, Verdross e Kunz, dentre outros), como refere Celso D. Albuquerque Mello, “o conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI”.<sup>59</sup>

O monismo de timbre kelseniano, marcado pela prevalência da norma internacional,<sup>60</sup> encontra guarida em ilustrativo raciocínio desenvolvido por Luigi Ferrajoli, que, analisando o impacto projetado pela Carta de São Francisco (fundação da ONU/1945) e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU/1948) na nova ordem político-jurídica mundial, assim se expressa:

Esses dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. É a partir de então que o próprio conceito de soberania externa torna-se logicamente inconsistente e que se pode falar, conforme a doutrina monista de Kelsen, do direito internacional e dos vários direitos estatais como de um ordenamento único.<sup>61</sup>

Ao transporte desse embate teórico para o campo prático, pode-se perceber, com apoio em dados apresentados por Sylvia Helena de Figueiredo Steiner,<sup>62</sup> que expressivo número de países europeus e americanos fizeram opção favorável à superioridade das normas de direito internacional sobre as de direito

---

<sup>58</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 111.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>60</sup> Como assinala Mello, “por influência de Verdross, Kelsen sai do seu ‘indiferentismo’ e passa a considerar a ‘Grundnorm’ como sendo uma norma de DI: a norma costumeira ‘*pacta sunt servanda*’” (MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 112).

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 39-40.

<sup>62</sup> STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. Obra citada, p. 68-69. A autora faz remissão às Constituições italiana de 1948, alemã de 1983, francesa de 1958, portuguesa de 1976 (com a revisão de 1982), espanhola de 1978 e holandesa de 1953 (reformada em 1966). No continente americano, menciona as Constituições costarriquenha, colombiana de 1991, argentina de 1994, guatemalteca de 1985, hondurenha de 1982, chilena de 1989 e peruana de 1979 (depois reformada).

interno, designadamente em se cuidando de preceptivos disciplinadores de direitos humanos.

Em relação ao Brasil, contrariando frontalmente às legítimas expectativas da especializada doutrina, tanto quanto sua anterior jurisprudência,<sup>63</sup> o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Recurso Extraordinário nº 80.004,<sup>64</sup> no ano de 1977, fez estabelecer conhecido *leading case*, em que adotou postura enquadrável nos padrões da teoria monista nacionalista, ou seja, proclamando a prevalência da norma interna que se encontre em conflito com outra de natureza convencional.

À conta desse singular posicionamento, porque oriundo do mais alto pretório nacional, Valerio de Oliveira Mazzuoli lança a seguinte consideração:

Assim, dentro do sistema jurídico brasileiro, onde tratados e convenções guardam estrita relação de *paridade normativa* com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais, permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los (como quer o STF), no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas. Esta é posição já firmada e sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, há mais de vinte anos, sem embargo de vozes atualíssimas a proclamar a supremacia dos tratados de direitos humanos, frente à Constituição Federal.<sup>65</sup>

Importa assentar que três são os dispositivos da vigente Carta Republicana (1988) que fornecem as coordenadas a respeito da hierarquia normativa dos tratados em face do ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro dos cânones acha-se inscrito no art. 5º, § 2º, lendo-se que “*os direitos e garantias expressos*

<sup>63</sup> Por exemplo, no REExt. nº 71.154/PR, julg. em 04.08.1971, RTJ 58/70, dera o Supremo pela prevalência da norma convencional. Eis sua ementa: “Lei Uniforme sobre o Cheque, adotada pela Convenção de Genebra. Aprovada essa Convenção pelo Congresso Nacional, e regularmente promulgada, suas normas têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificarem a legislação interna. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

<sup>64</sup> Eis a ementa do quanto decidido no REExt. nº 80.004/SE, julg. em 01.06.1977, RTJ 83/809: “Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Aval apostado à Nota Promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei nº 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido.” Repetidos julgados do STF continuam proclamando a supremacia da Constituição Federal em relação aos tratados, ainda que de direitos humanos. Dentre outros: REExt. nº 249.970-RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 27.08.1999 e RHC nº 80.035/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 17.08.2001.

<sup>65</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 5.

*nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*". Noutro comando, o do art. 102, III, 'b', consta caber ao Supremo Tribunal Federal o julgamento, mediante recurso extraordinário, das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida "*declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal*". Por fim, no art. 105, III, 'a', vai estabelecido tocar ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida "*contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*". (grifos nossos)

Em vista do conteúdo do art. 5º, § 2º, chega-se à segura conclusão de que as regras dos tratados firmados pelo Brasil, nas quais se identifique a presença de direitos e garantias fundamentais (direitos humanos), atrairão desenganado *status* constitucional, por força da extensiva equiparação ditada no aludido parágrafo.<sup>66</sup>

Já com relação aos indicados arts. 102, III, 'b' e 105, III, 'a', sua conjunta leitura, à primeira vista, parece suportar a interpretação de que normas de tratados em geral (não os de direitos humanos) tenham, mesmo, *status* de direito federal infraconstitucional. Todavia, em que pese esse raciocínio hermenêutico, nem assim se mostrará coerente ao aparelho jurisdicional concluir por eventual inconstitucionalidade de norma convencional, sem que antes leve em estima ditames exegéticos consagrados pelo direito internacional, a exemplo do que deflui dos arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados,<sup>67</sup> segundo os quais não será possível ao Estado-parte, respectivamente, ignorar a cláusula *pacta sunt servanda* ou, ao depois, invocar regras de direito interno como óbice ao cumprimento de tratados a que voluntariamente tenha aderido.

Não se pode, por óbvio, conceber que um Estado independente acorra a organismos de convivência internacional, empreste sua adesão a acordos

---

<sup>66</sup> Em relação ao art. 5º, § 2º da CF, entende Mello, que "a Constituição de 1988 adota o dualismo ao fazer a incorporação do DI no D. Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do direito interno" (MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 119).

<sup>67</sup> Eis as redações desses dispositivos: "Art. 26 – *PACTA SUNT SERVANDA* – Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé." - "Art. 27 – *DIREITO INTERNO E OBSERVÂNCIA DE TRATADOS* – Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o art. 46."

interestatais e, ao depois, pelas instâncias de Poder local, negue-lhes ou reduza-lhes a eficácia em seus domínios territoriais.

Após relatar que a jurisprudência da Suprema Corte Argentina, desde um precedente de 1992, fez afirmar a supremacia dos tratados sobre as regras de direito interno, em harmonia com a Convenção de Viena sobre os Tratados, Daniel Hugo D'Antonio transcreve incisivo posicionamento do constitucionalista Bidart Campos, vazado na seguinte afirmação:

*Creemos que los jueces argentinos están llamados y urgidos a dar la buena lección de que cuando el Estado se hace parte de um tratado sobre derechos humanos, sus tribunales tienen que reconocerles y prestarles fuerza vinculante, en lo interno y en lo internacional. Los tratados no son trajes de fiesta para exhibirse bien vestidos en el concierto internacional. Los tratados son para cumplirse.*<sup>68</sup>

Compreendem-se, então, as advertências lançadas por Celso D. Albuquerque Mello, seja vociferando que “é preciso que o Poder Judiciário brasileiro se ‘submeta’ aos reais interesses da política externa do Brasil”, seja denunciando (referindo-se, especificamente, à decisão proferida pelo STF no citado RExt. nº 80.004) que “a tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria”.<sup>69</sup>

A seu turno, atenta à nebulosa posição da Excelsa Corte nacional, Flávia Piovesan é incisiva, ao sublinhar que

a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional.<sup>70</sup>

Contudo, mesmo em face de tratados que versam sobre direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal não lhes tem reconhecido superioridade constitucional.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de menores*. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 86-87.

<sup>69</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 118-119.

<sup>70</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 87.

<sup>71</sup> Consta do RHC nº 79.785/PI, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.11.2002: “Prevalência da Constituição, no direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais,

Em outro passo, Flávia Piovesan destaca que os tratados de direitos humanos, enquanto direitos fundamentais (art. 5, § 2º da CF), por integrarem o rol das cláusulas pétreas, estão imunes ao processo de emenda constitucional que tenda a aboli-los (cf. art. 60, § 4º da CF).<sup>72</sup> Do mesmo sentir, afirma José Renato Nalini que, “ao incluir os direitos humanos no rol da matéria insuscetível de emenda constitucional, o constituinte legitimou e consagrou o princípio da intangibilidade dos tratados relativos a tais direitos”.<sup>73</sup>

Em que pese isso, reconhece Flávia Piovesan serem os mencionados pactos suscetíveis de retratação, à medida que

os tratados internacionais de direitos humanos estabelecem regras específicas concernentes à possibilidade de denúncia por parte do Estado signatário. Os direitos internacionais poderão ser subtraídos pelo mesmo Estado que os incorporou, em face das peculiaridades do regime de direito internacional público. Vale dizer, cabe ao Estado-parte tanto o ato de ratificação do tratado, como o ato de denúncia, ou seja, o ato de retirada do mesmo tratado. Os direitos internacionais apresentam, assim, uma natureza constitucional diferenciada.<sup>74</sup>

De se registrar, no entanto, que, quanto a este último posicionamento, dele discorda Fábio Konder Comparato, ao argumento de que “é juridicamente inválido suprimir direitos fundamentais, por via de novas regras constitucionais ou convenções internacionais”, acrescentando, mais, que

o poder de denunciar uma convenção internacional só faz sentido quando esta cuida de direitos disponíveis. Em matéria de tratados internacionais de direitos humanos, não há nenhuma possibilidade jurídica de denúncia, ou de cessação convencional da vigência, porque se está diante de direitos indisponíveis e, correlatamente, de direitos insuprimíveis.<sup>75</sup>

---

incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de San José.”

<sup>72</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 94.

<sup>73</sup> NALINI, José Renato. Rumo ao código latino-americano de direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 527.

<sup>74</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 94-95. Registre-se, por oportuno, que, nos termos do art. 56,2 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, “uma parte deve notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, de conformidade com o parágrafo 1”.

<sup>75</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001, p. 64-65.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480-DF,<sup>76</sup> em que se trouxe a contraste regra da Convenção nº 158/OIT, declarou a perda de objeto da ação, em vista de que o Governo brasileiro houvera exercitado a denúncia em relação a essa Convenção, em que pese portasse conteúdo de direitos humanos (direitos trabalhistas), chancelando a Suprema Corte, ainda que implicitamente, a possibilidade de sua denúncia. Noutros focos exemplificativos, que parecem desautorizar, ao menos de *lege lata*, a resistência de Fábio Konder Comparato, constata-se que até mesmo a Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), que resplandece dentre os instrumentos jurídicos de proteção aos direitos humanos, consente com a hipótese de sua denúncia,<sup>77</sup> cuja possibilidade está presente também no Pacto de San José da Costa Rica sobre Direitos Humanos (OEA/1969), que, em seu art. 78, recepciona o procedimento da denúncia.<sup>78</sup>

Finalizando, resta claro que a questão apresentada envolve a obediência dos Estados aos compromissos internacionalmente assumidos, situação que se agudiza sempre que o desrespeito incida sobre regras tutoras de direitos humanos. Neste prisma, vale lembrar o pensamento de Juan Ramón Capella, que sentencia: “se a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* tivesse realmente eficácia processual, a maioria dos governantes do planeta estaria no cárcere”, admitindo, porém, que “as Declarações de Direitos não são, sem embargo, inúteis, pois, ainda que débeis, têm o efeito de privar de *legitimidade* certas práticas do poder”.<sup>79</sup>

Passa-se, nesse fio, a examinar alguns detalhamentos do direito internacional dos direitos humanos.

---

<sup>76</sup> DJU de 08.08.2001.

<sup>77</sup> Cf. art. 52 da Convenção sobre o Direito das Crianças, “um Estado-parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação feita por escrito ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia entrará em vigor um ano após a data em que a notificação tenha sido recebida pelo Secretário-Geral.”

<sup>78</sup> Reza o art. 78, 1, do Pacto de San José: “os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado um prazo de cinco anos, a partir da data de entrada em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes”.

<sup>79</sup> CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito do estado*. Trad.: Gresiela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 172.

### 3

## O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

### 3.1

#### Direitos humanos e direitos fundamentais

Antes de focalizar o perfil da chamada Carta Internacional dos Direitos Humanos, formada pela Declaração de 1948 e pelos dois Pactos de 1966, base primária do estudo do direito internacional dos direitos humanos, convém estabelecer algumas premissas sobre o alcance da locução *direitos humanos*, pois se inexistem dificuldades quanto a individualizar-lhe o sujeito titular – toda e qualquer pessoa humana,<sup>80</sup> o mesmo não se pode dizer no tocante ao espectro de direitos realmente abarcáveis em tal expressão, apreendida, não raro, com certo grau de ceticismo por parte do público leigo.

Apontando os equívocos que estão à base desse turvado olhar crítico, afirma René Ariel Dotti:

Existe uma deturpação de linguagem quando se fala em *Direitos Humanos* e muitas pessoas restringem o significado da expressão à defesa dos direitos dos acusados e, em especial, dos presidiários. Tendo em vista a rejeição que a comunidade, de um modo geral, devota aos habitantes do mundo carcerário, a tendência do cidadão comum é a de menosprezar ou simplesmente desconsiderar a importância dessa grande conquista da civilização e da cultura.<sup>81</sup>

Essa visão distorcida, diga-se de passagem, em muito coincide com o igualmente equivocado sentimento popular que grassa no Brasil em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), parecendo aos seus críticos menos avisados cuidar-se de legislação que teria como finalidade central

---

<sup>80</sup> Conforme assinala Piovesan, “para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos” (PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 146).

<sup>81</sup> DOTTI, René Ariel. Direitos humanos. In: *Jornal O Estado do Paraná*, Caderno Direito e Justiça (matéria de capa), Curitiba, 27 jun. 2004.

garantir a impunidade de crianças e adolescentes em conflito com a lei penal. Tal percepção, sem dúvida, é assombrosamente fantasiosa, visto que o ECA, a par de não encerrar qualquer perspectiva abolicionista quanto a comportamentos infracionais da infanto-adolescência, tem um objetivo bem mais elevado, que é o de traçar diretrizes para o integral atendimento aos direitos (humanos) básicos de uma diferenciada população que se acha, tecnicamente falando, em peculiar condição de desenvolvimento.

Deixando-se de lado indesejáveis preconceitos sobre o tema, cumpre buscar nos especialistas o prévio esclarecimento acerca do real sentido jurídico das expressões ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, eis que no dia-a-dia são empregadas como se sinônimas fossem.

Nesse mister, Fábio Konder Comparato registra que a doutrina jurídica contemporânea “distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escritas”.<sup>82</sup>

Igual sentimento é compartilhado por Ingo Wolfgang Sarlet, que sustenta

ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados ‘Direitos Humanos’, que, por sua vez, constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.<sup>83</sup>

Placitando os mencionados entendimentos, Celso Lafer leciona que “os direitos humanos alcançaram, no plano universal, por obra da integração dos valores da convivência coletiva, normativamente positivados, o *status* de valores fundamentais”.<sup>84</sup>

Em plagas estrangeiras, também se percebe a tendência de ver nos direitos fundamentais a expressão positivada dos direitos humanos. Confira-se, inicialmente, a explicação prestada por Otfried Höffe:

---

<sup>82</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Obra citada, p. 227.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: ANNONI, Danielle (coord.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 226.

<sup>84</sup> LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 194.

Para destacar o novo, o positivo significado jurídico dos direitos humanos, também se fala dos *direitos fundamentais*. Segundo esta convicção terminológica, os direitos fundamentais designam, bem como os direitos humanos, pretensões jurídicas válidas pré e suprapositivamente. Apenas falta aos ‘puros direitos humanos’ aquela força jurídica positiva que possuem como direitos fundamentais. Enquanto os direitos humanos e os direitos fundamentais são iguais, sob o ponto de vista de conteúdo, seu modo de existência é diferente. Os direitos humanos são padrões morais, aos quais uma ordem jurídica se deveria submeter. Os direitos fundamentais ao contrário são os direitos humanos, na medida em que efetivamente são reconhecidos por uma ordem jurídica dada. Lá se trata de postulados ético-políticos, os quais, do ponto de vista do tempo e do espaço, são universais. Aqui se trata de normas jurídicas que, limitadas à respectiva coletividade, têm vigência positiva.<sup>85</sup>

No mesmo rumo, tem-se o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho, vazado nos seguintes termos:

De acordo com o que se acaba de dizer, os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente constitucionalizados. Sem esta positivação jurídico-constitucional, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon: ‘onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégio’. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas.<sup>86</sup>

Ao que se extrai da convergente voz doutrinária, direitos humanos e direitos fundamentais estão ligados a um comum conteúdo, distinguindo-se, unicamente, no plano da aptidão para gerarem efeitos concretos, pois é pela força da positivação que os direitos humanos migram de um estágio de latência (ambiente de direito natural) para uma condição de vitalidade, adquirindo o signo da fundamentalidade. De qualquer modo, como diz Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”, por isso, ainda em suas palavras, “trata-se de um problema não filosófico, mas político”.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> HÖFFE, Otfried. Obra citada, p. 372.

<sup>86</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Obra citada, 1992, p. 507.

<sup>87</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

De posse desses lineamentos, faz-se necessário perceber que, no plano substancial, o núcleo dos direitos humanos fundamentais radica no reconhecimento da dignidade e do valor intrínsecos à pessoa humana,<sup>88</sup> atributos inatos e, por isso, inseparáveis do indivíduo.

Trata-se, pois, da compreensão de que a personalidade, que se adquire com a tão-só existência, necessita de conteúdo mínimo para garantir-lhe a própria utilidade. A tal respeito, esclarece Adriano de Cupis que

existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade.<sup>89</sup>

Em continuidade, conquanto afirme que os direitos de personalidade aparecem, sobretudo, como direitos privados, aponta Adriano de Cupis a existência de direitos públicos de personalidade, dentre os quais se incluem os chamados direitos da liberdade civil,<sup>90</sup> que bem se identificam com o plano dos direitos fundamentais sob apreciação. O novo Código Civil Brasileiro (2002), diga-se de passagem, disciplinou, pela vez primeira, a categoria dos direitos de personalidade (arts. 11 a 21), embora em extensão ainda modesta.<sup>91</sup>

Em termos de direito brasileiro, muitas têm sido as conquistas alcançadas no campo dos direitos fundamentais, sobretudo com a aprovação da Constituição Federal de 1988, a qual, desde o Preâmbulo, indica o propósito de “instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, o que vai fielmente projetado no corpo principal, quando, logo no

---

<sup>88</sup> O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) emprega as expressões ‘direitos humanos fundamentais’, ‘dignidade’ e ‘valor da pessoa humana’.

<sup>89</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad.: Adriano Vera Jardim; Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961, p. 17.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 27-28.

<sup>91</sup> A respeito dessa inovação, Maria Helena Diniz afirma que: “apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 123).

primeiro artigo, dentre os fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana<sup>92</sup> aparece eleita como alicerce imprescindível à realização do afirmado regime democrático. Acena, além disso, com o compromisso de o País sustentar, em suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos. Em acréscimo, direitos e garantias fundamentais, de ordem individual, política e social, seguem extensamente enumerados no segundo título (arts. 5º a 17), em notório reconhecimento de que o Estado tem a sua existência e finalidade condicionadas ao atendimento das necessidades elementares do indivíduo.

À base de tudo, constata-se, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que, como asseverado por José Afonso da Silva, “é um valor que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.<sup>93</sup> Vale dizer, a dignidade é o quanto basta para que os direitos catalogados na Carta Republicana sejam considerados integrantes do patrimônio pessoal de cada sujeito destinatário.

Por isso, partindo da premissa de que toda a Constituição se orienta por um vetor que lhe imprime caráter monolítico, Flávia Piovesan conclui que “a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido”.<sup>94</sup>

A caminho de encerrar estas considerações, pode-se admitir que os direitos fundamentais até subsistissem e ganhassem concreção mesmo sem a normatização do primado da dignidade da pessoa, que, em tal caso, teria implícita presença no sistema. Porém, devidamente positivado, ao mesmo tempo em que empresta indiscutível coesão ao conjunto constitucional, torna-se insuperável referencial hermenêutico, voltado a assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, a que dá suporte. Por isso, considera Ana Paula de Barcellos que a dignidade da pessoa humana constitui-se em baliza “pela qual toda interpretação deverá se orientar”.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> A dignidade da pessoa humana não chegou a ser expressamente mencionada em Constituições anteriores, as quais, nada obstante, reconheciam direitos tipicamente fundamentais da pessoa.

<sup>93</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: RT, 1990, p. 93.

<sup>94</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 56.

<sup>95</sup> BARCELLOS, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 141.

Brevemente delineados os contornos que envolvem os direitos humanos e os fundamentais, cumpre que se examine o perfil da Organização das Nações Unidas, basilar instituição da sociedade internacional organizada, de onde promana a síntese das elevadas aspirações éticas da humanidade.

### 3.2

#### O surgimento da ONU

Ao se buscarem as não tão distantes raízes históricas do direito internacional dos direitos humanos, é perceptível que seu grande momento seminal coincide com o fim da Segunda Grande Guerra Mundial,<sup>96</sup> quando, sob a ruidosa comoção deixada pelas atrocidades bélicas recém-vivenciadas, o consenso das aliadas nações vitoriosas determinou a aparição de um novo organismo integrador dos povos, destinado, mediante avençadas diretrizes normativo-políticas, a assegurar a convivência pacífica entre as nações, tanto quanto a estabelecer em favor de seus indivíduos o respeito a um sempre inacabado feixe de direitos decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana.

É, portanto, sob tais premissas, e assumindo o vácuo institucional deixado pela Sociedade das Nações,<sup>97</sup> que nascia a Organização das Nações Unidas,<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Alves esclarece que, “inaugurado pela Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos direitos humanos é um *corpus* de normas menos ou mais cogentes que não pára de crescer” (ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997, p. 14).

<sup>97</sup> Conforme Rezek, “a Sociedade – ou Liga – das Nações (SDN) foi instituída pelo Tratado de Versalhes, em 1919. Teve sede em Genebra (portanto, no território de país não membro, a Suíça). Seus órgãos foram uma Assembléia Geral, uma Secretaria e um Conselho – onde se projetou que haveria quatro membros permanentes, com direito de veto, e quatro temporários, eleitos bienalmente pela Assembléia. Na realidade, só três assentos permanentes foram ocupados (França, Grã-Bretanha, Itália), visto que nos Estados Unidos o presidente Woodrow Wilson – um dos principais idealizadores da Sociedade – não conseguiu a aprovação do Senado para ratificar o pacto constitutivo. A SDN ruiu, de fato, em setembro de 1939, quando teve início a Segunda Grande Guerra. As providências relativas à sua extinção formal seriam tomadas algum tempo mais tarde (1946-1947)”. Vale, nesse passo, acrescentar que, pelo mesmo Tratado de Versalhes, em sua parte XIII, instituiu-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), estabelecendo-se, independentemente de sua nacionalidade, direitos mínimos em favor dos trabalhadores (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, p. 267).

<sup>98</sup> Ainda na voz de Rezek, “a Organização das Nações Unidas foi planejada nos encontros aliados de Dumbarton Oaks (1944) e de Yalta, este último reunindo, em fevereiro de 1945, o líder

vigorosa criação da Conferência de São Francisco, concluída em 26 de junho de 1945, cuja Carta instituidora, como que a selar um inadiável pacto com a paz, fazia anunciar, logo em seu Preâmbulo, o elevado propósito de “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra”.

Releva salientar que, tal como anunciado em seu art. 92, à Carta das Nações Unidas veio acoplado o Estatuto da Corte Internacional de Justiça,<sup>99</sup> “principal órgão judiciário das Nações Unidas”, com sede em Haia (art. 22 do Estatuto). Reproduzia-se, com isso, o modelo anteriormente concebido pela Sociedade das Nações, que, em sua Carta criadora (Genebra/1919), fizera, por força do art. 14, instituir a Corte Permanente de Justiça Internacional. A esse respeito, Luís Ivani de Amorim Araújo anota que, “embora instalada em 15 de fevereiro de 1922, iniciou seus trabalhos em 15 de junho do mesmo ano, encerrando as suas atividades em 1940. Durante sua efêmera existência prolatou 32 sentenças e respondeu a 27 consultas”.<sup>100</sup>

Após indicar como sua imediata fonte a vitória militar, acentua Celso Lafer que a Carta das Nações Unidas representa “uma nova tentativa, depois do insucesso do Pacto da Sociedade das Nações, de ‘constitucionalizar’ as relações internacionais, ou seja, de conferir estabilidade ao sistema internacional, delimitando juridicamente o exercício do poder”, enfatizando, mais, que “a Carta de São Francisco tem como objetivo civilizar o anárquico ‘estado de natureza’ da

---

soviético Josef Stalin, o primeiro-ministro britânico Winston Churchill e o presidente americano Franklin Roosevelt. Sua carta constitutiva foi negociada na conferência de San Francisco da Califórnia, entre abril e junho de 1945. Três anos mais tarde seus membros eram cinquenta. Hoje esse número ultrapassa cento e oitenta: ali se encontram, pois, virtualmente todas as soberanias do mundo, à exceção da Suíça e de alguns micro-Estados, como Andorra e Mônaco. As línguas oficiais da ONU são o chinês, o espanhol, o francês, o inglês e o russo, embora apenas o espanhol, o francês e o inglês se empreguem como idiomas de trabalho no cotidiano da organização.” A necessária atualização a esse reporte está em que, presentemente – ano de 2004 – conta a ONU com 191 membros (REZEK, José Francisco. Obra citada, p. 267).

<sup>99</sup> A Corte Internacional de Justiça ganhou espaço na mídia mundial, recentemente, ao qualificar de ilegal a construção por Israel de um muro nos territórios ocupados da Cisjordânia e Jerusalém Oriental, posicionando-se pela imediata cessação da obra e pela destruição da parte erguida em terras árabes, seguida de regular indenização aos prejudicados, na medida em que tal barreira física, além de construída fora do limite geográfico israelense, violaria leis humanitárias e instrumentos de direitos humanos, em detrimento dos palestinos residentes nos territórios ocupados. A Corte, em sua competência consultiva, pronunciou-se atendendo a consulta formulada pela Assembléia-Geral da ONU, sendo que de seus quinze juízes, dentre eles o brasileiro Francisco Rezek, apenas um, o de nacionalidade americana, posicionou-se contrariamente à solução assim alvitrada (Jornal *O Estado de S. Paulo*, 10 jul. 2004, p. A-11).

<sup>100</sup> ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Obra citada, p. 76.

guerra de todos contra todos, que o ‘realismo’ da visão maquiavélico-hobbesiana identifica como sendo a característica definidora da vida internacional”.<sup>101</sup>

Analisando o impacto dos males herdados pela Segunda Guerra e sua decisiva influência para a configuração de uma nova ordem jurídico-internacional, identifica Celso Lafer relevantes aspectos:

Com efeito, a presença em larga escala dos refugiados, dos apátridas, dos deslocados no mundo; as realidades do genocídio e dos campos de concentração viabilizaram uma ‘idéia-força’: a de que o ‘direito a ter direitos’, para falar como Hannah Arendt, só poderia começar a efetivar-se se o direito de todo o ser humano à hospitalidade universal, apontado por Kant no *Projeto de Paz Perpétua*, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista de uma razão abrangente da humanidade. A Carta das Nações Unidas – que inaugura, no plano internacional, a abrangente positivação dos direitos humanos – consagrou, assim, em vários artigos, com uma amplitude que não tinha o Pacto da Sociedade das Nações, uma leitura kantiana dos direitos humanos. Vale dizer, admitiu a possibilidade da inserção operativa de uma razão-abrangente da humanidade que poderia, no tempo, conter a ‘*raison-d’État* discricionária das soberanias’ impeditivas da tutela jurídica internacional da pessoa humana.<sup>102</sup>

De sua parte, também Flávia Piovesan considera que a criação das Nações Unidas,

com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, o alcance da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, o alcance de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos direitos humanos.<sup>103</sup>

Por sua importância, merece destaque o art. 55 da Carta das Nações Unidas, no que determina a promoção do “respeito universal e a observância dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua e religião”, guindando, com isso, a pessoa humana à indiscutível posição de sujeito ativo na órbita internacional, como a seguir discorrer-se-á.

<sup>101</sup> LAFER, Celso. Obra citada, 1999, p. 141.

<sup>102</sup> LAFER, Celso. Obra citada, 1999, p. 188-189.

<sup>103</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 139-140.

### 3.3

#### A pessoa humana como sujeito de direitos

No âmago desse evolutivo panorama desponta claro que, historicamente, à proporção que se sucedem os multifários tratados bilaterais e multilaterais,<sup>104</sup> os Estados signatários vão experimentando uma verdadeira relativização no exercício de sua clássica soberania, visto que a atenção dos acordos internacionais passa, simultânea e progressivamente, a incidir sobre os imediatos interesses do cidadão, possibilitando o surgimento de múltiplos instrumentos de celebração dos direitos humanos.

Em verdade, consoante avalia Clémerson Merlin Clève, “a ciência do direito reincorporou a esfera axiológica aos seus domínios”, o que se fez sentir também no direito internacional público, cujo ramo jurídico, especialmente no campo dos direitos da pessoa humana, prossegue o autor,

não hesitou em relativizar o alcance próprio de alguns conceitos tradicionais (como o relativo à soberania), conseguindo com isso alargar seu raio de influência e alcançar a regulação de uma matéria que, antes, era da exclusiva competência do direito interno de cada país.<sup>105</sup>

Também em Luigi Ferrajoli emerge a compreensão de que nessa nova ordem jurídico-mundial “são de fato sujeitos de direito internacional não somente

---

<sup>104</sup> No âmbito histórico-doméstico, interessante observar que já a primeira Constituição brasileira, ou seja, a Carta Imperial de 1824, conferia ao Imperador, enquanto Chefe do Poder Executivo, a atribuição de “fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsídio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado o permittirem” (art. 102, VIII). Já por essa época, então, afluíam inúmeros documentos internacionais firmados pelo Império brasileiro, recolhendo-se, à guisa de ilustração, três deles, obedecida a grafia original: a) Convenção Postal, celebrada entre o Império do Brazil e a República Oriental do Uruguay, concluída em 03.11.1877 e promulgada pelo Decreto nº 7125, de 04.01.1879; b) Accordo para Execução de Cartas Rogatórias, celebrado entre o Império do Brazil e a República Oriental do Uruguay, concluído em 14.02.1878 e promulgado pelo Decreto nº 7175, de 01.03.1879; c) Tratado de Amizade, Commercio e Navegação entre os Impérios do Brazil e da China, concluído em 03.10.1881 e promulgado pelo Decreto nº 8651, de 24.08.1882 (*O direito – revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Propriedade de João José do Monte, 1879, p. 564-567 e 693-694 (v. 18) e 1882, p. 307-314 (v. 29). Para depois disso, superado o regime monárquico, todas as subsequentes Constituições Republicanas brasileiras, por igual, continuaram a cometer ao Chefe do Poder Executivo, agora na pessoa do Presidente da República, a atribuição para celebrar tratados internacionais, submetendo-os ao referendo do Congresso Nacional.

<sup>105</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 130.

os Estados, mas também os indivíduos e os povos”.<sup>106</sup> Celso D. Albuquerque Mello aponta a existência de

duas principais razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional (...) a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-los; e b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem.<sup>107</sup>

Referendando tais horizontes, Oliveiros Litrento assinala que,

desde o ponto de vista da escola clássica do direito natural, o homem está submetido às mesmas normas éticas, quer atue como cidadão quer como estadista. Logo, o Direito Internacional, semelhantemente ao interno, subordina-se aos mesmos princípios do Direito Natural. Em última análise, o homem pode considerar-se como sujeito de cada direito, inclusive do Internacional, cujo fim é a proteção da pessoa humana.<sup>108</sup>

Nessa mesma toada, como pondera Antônio Augusto Cançado Trindade,

carecem, definitivamente, de sentido, as tentativas do passado de negar aos indivíduos a condição de sujeitos do direito internacional, por não lhe serem reconhecidas algumas das capacidades de que são detentores os Estados (como, *e.g.*, a de celebrar tratados). Tampouco no plano do direito interno, nem todos os indivíduos participam, direta ou indiretamente, no processo legiferante, e nem por isso deixam de ser sujeitos de direito. O movimento internacional em prol dos direitos humanos, desencadeado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, veio a desautorizar estas falsas analogias, e a superar distinções tradicionais (*e.g.*, com base na nacionalidade): são sujeitos de direito ‘todas as criaturas humanas’, como membros da ‘sociedade universal’, sendo ‘inconcebível’ que o Estado venha a negar-lhes esta condição.<sup>109</sup>

Cumpre, no entanto, não descuidar da existência de respeitável corrente, embora minoritária, segundo a qual, conforme esclarece Celso D. Albuquerque Mello, “o indivíduo somente atinge o mundo jurídico internacional através do

---

<sup>106</sup> FERRAJOLI, Luigi. Obra citada, p. 41.

<sup>107</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 766.

<sup>108</sup> LITRENTO, Oliveiros. Obra citada, p. 76.

<sup>109</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Danielle (coord.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 6.

Estado”,<sup>110</sup> sendo este, aliás e exemplificativamente, o pensamento exposto por José Francisco Rezek.<sup>111</sup>

Quando os firmatários da Carta das Nações Unidas, em 1945, estabelecem uma agenda global em que se destacam a busca da paz entre os povos e a consagração do respeito aos direitos humanos, reafirma-se o zelo não só para com o sujeito Estado, mas também para com o sujeito pessoa humana. Consoante detalha Flávia Piovesan, “a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito internacional”.<sup>112</sup> É por isso que, ao assumirem obrigações internacionais na seara dos direitos humanos, como declara André de Carvalho Ramos, os Estados “tornaram infundadas qualquer tipo de alegação de ‘domínio reservado’ ou ‘ofensa à soberania’ porventura ventiladas”.<sup>113</sup>

Inegável, pois, a constatação de que, no atual estágio civilizatório, o atributo político da soberania estatal<sup>114</sup> passa a compartilhar espaço nas relações internacionais com o primado da ‘dignidade da pessoa humana’, que se converte em outro dado referencial das pautas diplomáticas. De gélidos acordos econômicos até a elaboração de pactos na área da pesquisa biotecnológica (v.g., a Declaração sobre o Genoma), não mais se ignora a primazia do ser humano como vetor central das negociações.

---

<sup>110</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 767.

<sup>111</sup> REZEK, José Francisco. Obra citada, p. 158-161. Na avaliação de Rezek, “para que a idéia da personalidade jurídica do indivíduo em direito das gentes pudesse fazer algum sentido, seria necessário que ele dispusesse da prerrogativa ampla de reclamar, nos foros internacionais, a garantia de seus direitos, e que tal qualidade resultasse de norma geral. Isso não sucede. Os raríssimos foros internacionais acessíveis a indivíduos – ou mesmo a empresas – são-no em virtude de um compromisso estatal tópico, e esse quadro pressupõe a existência, entre o particular e o Estado co-patrocinador do foro, de um vínculo jurídico de sujeição, em regra o vínculo de nacionalidade”.

<sup>112</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 143.

<sup>113</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 23.

<sup>114</sup> Capella adverte sobre a presença do denominado *soberano privado supra-estatal difuso*, constituído pelo poder estratégico conjunto das grandes companhias transnacionais e dos conglomerados financeiros. Anota o autor: “o soberano privado supra-estatal assinala – através de instrumentos como o G7, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, os acordos do GATT ou a OMC e o OCDE – o tipo e as condições da política econômica aceitável para ele em cada área do globo, assim como as condições do sistema monetário; estabelece as principais opções do crescimento e exige do sistema de estados permeáveis pôr em prática as decisões políticas requeridas. O qual abarca desde as políticas econômicas e sociais propriamente ditas às decisões de política militar necessárias para a manutenção do (desequilibrado) *status quo* mundial” (CAPELLA, Juan Ramón. Obra citada, p. 259).

Os Estados, mais e mais, reconhecem a destacada posição ocupada pelos indivíduos no ambiente sociopolítico, credores que são de direitos elementares, dentro e fora de seus territórios de origem, o que exige dos contemporâneos governantes presença e diálogo constantes no palco das relações multiestatais. Necessário, por isso, que se considere a reciprocidade, enquanto fator que diferencia os tratados em geral daqueles de direitos humanos.

### 3.4

#### A questão da reciprocidade

Importante *discrímen* a ser estimado nos meandros do direito internacional público, reside em perceber que, diferentemente do que ocorre em relação aos tratados em geral, pelos quais buscam os Estados pactuantes imediatas vantagens recíprocas, o mesmo não se verificará diante de tratados de direitos humanos, visto que nestes últimos as obrigações emergem assumidas em face dos indivíduos, sejam ou não cidadãos do Estado-parte.

Como explica Flávia Piovesan,

o Direito Internacional dos Direitos Humanos (...) apresenta um caráter específico e especial, que o distingue do Direito Internacional Público em geral. Enquanto este busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, através de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes, o Direito Internacional dos Direitos Humanos visa garantir o exercício dos direitos da pessoa humana.<sup>115</sup>

Também André de Carvalho Ramos, em idêntica percepção, refere que

um Estado, frente a um tratado multilateral de direitos humanos, assume várias obrigações para com os indivíduos sob sua jurisdição, independentemente da nacionalidade, e não para com outro Estado contratante, criando o chamado *regime objetivo das normas de direitos humanos*.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 43.

<sup>116</sup> RAMOS, André de Carvalho. Obra citada, p. 28-29

Daí porque, no dizer do mesmo autor, “os tratados de direitos humanos não são tratados multilaterais tradicionais, concluídos para a troca recíproca de benefícios entre os Estados contratantes”, tendo por objetivo, antes, “*a proteção dos direitos humanos*, independentemente da nacionalidade, gerando para isso uma *ordem legal internacional que visa beneficiar, acima de tudo, o indivíduo*”.<sup>117</sup>

Reforçando o quanto dito pelos dois mencionados doutrinadores, lembra José Augusto Lindgren Alves que tal entendimento obteve pleno endosso da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 60, § 5º, “proscree a invocação da reciprocidade como justificativa para o não-cumprimento de obrigação convencional atinente aos direitos humanos”; ainda segundo Alves,

enquanto os demais tratados procuram conciliar os ‘interesses nacionais’ das partes contratantes, os Pactos e Convenções de direitos humanos, assim como os demais instrumentos e mecanismos a ele correlatos, são elementos de uma arquitetura protetora de direitos que se afirmam *erga omnes*: perante o interesse de toda a comunidade internacional.<sup>118</sup>

Reconhecida a reciprocidade como elemento de distinção entre os tratados, cumpre, a seguir, examinar os três documentos que informam a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

---

<sup>117</sup> RAMOS, André de Carvalho, p. 28-29.

<sup>118</sup> ALVES. José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 16.

## 4

**A CARTA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**

## 4.1

**A declaração universal dos direitos humanos**

Consoante referência de Liliana Lyra Jubilut,

em fevereiro de 1946, o Conselho Econômico e Social da ONU estipulou que seria criada uma Comissão de Direitos Humanos que atuaria a partir de fevereiro de 1947 e estaria encarregada de elaborar uma Carta Internacional de Direitos Humanos, a qual seria formada por três segmentos: uma declaração, uma convenção e medidas de implementação.<sup>119</sup>

Assim é que, ao cabo de duas décadas, os correspondentes trabalhos resultaram corporificados, respectivamente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948),<sup>120</sup> nos Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966),<sup>121</sup> e, finalmente,

---

<sup>119</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. Os pactos internacionais de direitos humanos (1966). In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 40.

<sup>120</sup> Relata Alves que, “estabelecida em 1946 e reunida pela primeira vez nesse mesmo ano, a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas teve um início de funcionamento muito alvissareiro, logrando concluir e ver adotada pela Assembléia Geral, em apenas dois anos e meio – de junho de 1946 a dezembro de 1948 –, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem dúvida um dos mais importantes documentos de toda a história da Humanidade” (ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 25).

<sup>121</sup> Alves registra que “enquanto a Declaração Universal foi redigida e adotada em menos de três anos, o início da vigência internacional dos dois Pactos que iriam completá-la, conferindo-lhe a força obrigatória de ato jurídico conforme o Direito Internacional, exigiu trinta anos. A razão essencial para essa enorme diferença temporal reside precisamente nas naturezas distintas dos documentos integrantes da Carta: meramente orientadora e referencial no caso da Declaração Universal – como no de qualquer declaração – e juridicamente obrigatória no caso dos Pactos – como no de todos os tratados e convenções, cujos efeitos legislativos internacionais e domésticos exigem assinatura e ratificação dos Estados participantes” (ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 25).

nos dois Protocolos Facultativos ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966 e 1989).<sup>122</sup>

Tais documentos, de transcendente essencialidade, alocam o necessário suporte para que o direito internacional dos direitos humanos possa, na expressão de Celso D. Albuquerque Mello, “ser definido como o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento da sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção a tais direitos”.<sup>123</sup>

Daí em diante, no dizer de Valério de Oliveira Mazzuoli, surge,

no âmbito da Organização das Nações Unidas, um sistema *global* de proteção dos direitos humanos, tanto de caráter *geral* (a exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), como de caráter *específico* (v.g., as Convenções internacionais de combate à tortura, à discriminação racial, à discriminação contra as mulheres, à violação dos direitos das crianças etc.).<sup>124</sup>

Ainda que o direito humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho sejam reconhecidos como marcos iniciais no processo de internacionalização dos direitos humanos, seu decisivo fortalecimento resultou da Declaração Universal de 1948,<sup>125</sup> que, ao incorporar as diretrizes da universalidade e da indivisibilidade, introduziu uma renovada concepção sobre os direitos humanos, no sentido de que estes têm por titular toda e qualquer pessoa, independentemente de fatores como país de origem, raça, idade, sexo, credo etc., e com a garantia de integral fruição de todos os direitos a esse título consagrados, tratem-se de direitos políticos, tratem-se de direitos sociais. Quanto ao inovador perfil da Declaração em realce, sintetiza Flávia Piovesan:

---

<sup>122</sup> Alves, referindo-se a esses dois Protocolos, adverte não haver “unanimidade de interpretação quanto ao fato de integrarem ou não a Carta Internacional” (ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 21).

<sup>123</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 774.

<sup>124</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 73-74.

<sup>125</sup> De acordo com Mello, a adoção e proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ocorrida em Paris, pela Resolução 217-A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, contou com “48 votos a favor e oito abstenções (Ucrânia, Polônia, Iugoslávia, URSS, Arábia Saudita, Bielo-Rússia, União Sul-Africana e Tcheco-Eslóvaquia)” (MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 823). Esclarece, no entanto, Alves, que “o número total de membros da ONU era cinquenta e oito. Por motivos não explicados, possivelmente porque seus delegados não estivessem presentes no recinto, Honduras e Iêmen deixaram de votar. Como a Declaração foi aprovada por quarenta e oito a zero, com oito abstenções, supõe-se equivocadamente que as Nações Unidas tivessem então cinquenta e seis membros” (ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 30, nota de rodapé n. 3).

Seja por fixar a idéia de que os direitos humanos são universais, decorrentes da dignidade humana e não derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, seja por incluir em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, a Declaração de 1948 demarca a concepção contemporânea dos direitos humanos.<sup>126</sup>

Embora não se cuidando de um tratado, ainda assim se reconhece na Declaração de 1948 força jurídica vinculante, porquanto foi o primeiro documento a dar expressão e silhueta aos direitos humanos preconizados na Carta instituidora das Nações Unidas (arts. 1º, 3, e 55). Além disso, vem inspirando o direito consuetudinário internacional, bem como, lembra Flávia Piovesan, exercendo positivo “impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais”.<sup>127</sup>

Considerando que a examinada Declaração enfeixou direitos de diferentes matizes, abre-se espaço, em seguida, para o questionamento que envolve a inclusão dos direitos humanos em compartimentadas gerações, as quais, embora pedagogicamente úteis à sua visualização, não devem desconsiderar a indivisibilidade dos direitos humanos.

## 4.2

### A linguagem geracional

Impõe-se, de logo, realçar que a idéia da indivisibilidade dos direitos humanos se presta a assegurar e amalgamar a unidade existente entre artificializadas dimensões, porém ligadas a um mesmo fenômeno, a que se convencionou denominar ‘gerações dos direitos humanos’.

De fato, é largamente difundida na doutrina a afirmação de que os direitos civis e políticos enunciados na Declaração de 1948 (arts. 4º a 21) corresponderiam aos direitos humanos de primeira geração, enquanto os de ordem econômica,

---

<sup>126</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 151.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 155.

social e cultural (arts. 22 a 27), equivaleriam aos direitos humanos de segunda geração. Na lição dos *experts*, distinguem-se ambas as categorias pelo fato de que, em relação à primeira, identificada com as liberdades públicas, devem os governantes comportar-se de modo abstencionista ou negativamente, visando a não embaraçar-lhes a fruição, ao passo que, em relação à segunda, identificada com as políticas de desenvolvimento social, devem os governantes atuar positivamente, de molde a garantir-lhes a efetiva implementação.

Ou, pela percepção de Celso D. Albuquerque Mello, “nos direitos civis e políticos o Estado tem que se abster, enquanto nos direitos econômicos e culturais ele precisa agir”.<sup>128</sup> Como anota Celso Lafer, fala-se, modernamente, em

direitos de terceira geração, entre os quais avultam o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, e o direito ao patrimônio comum da humanidade, cuja origem pode ser identificada, para voltar à matriz axiológica da Revolução Francesa, ao princípio de fraternidade.<sup>129</sup>

Relativamente a esses três níveis, lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho que

sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*.<sup>130</sup>

Já se tornaram usuais, também, referências aos direitos de quarta geração, simbolizando aqueles da era digital, da engenharia genética, da biotecnologia e da informação.<sup>131</sup>

Contudo, aludida estratificação dos direitos humanos em ‘gerações’, em que pese sua inescandível proposta didática, vem recebendo densas críticas de

---

<sup>128</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 826.

<sup>129</sup> Cf. LAFER, Celso. Obra citada, 1999, p. 158.

<sup>130</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: 2002, p. 15.

<sup>131</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516-525; CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 154; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 5. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 131.

parte dos internacionalistas. A tal propósito, Silvia Menicucci de Oliveira assevera que

as distinções entre os direitos humanos baseadas nas gerações e nas dimensões individuais e coletivas de direitos figuram como compartimentalizações inadequadas dos direitos humanos, já que não refletem a interdependência dos direitos humanos e a realidade de sua implementação e, ainda, criam rivalidades inexistentes entre os mesmos.<sup>132</sup>

A mesma autora conclui que, “além da reafirmação de que todos os direitos humanos são interdependentes e inter-relacionados, a abordagem holística reconhece que todos eles são essenciais, estão sujeitos a violações, e a realização de cada um deles possui caráter instrumental na realização dos demais”.<sup>133</sup>

Semelhante compreensão é expendida por Flávia Piovesan, sob a ótica de que “uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage”, afastando-se, prossegue, “a equivocada idéia da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação”. Por isso, exemplifica a mesma doutrinadora, “apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade”.<sup>134</sup>

Tal orientação antigeneracional, arremate-se, encontra pleno conforto na Resolução nº 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas, naquilo em que fez estabelecer, *verbis*: “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”; diretriz, aliás, integralmente reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena, adotada em 25 de junho de 1993, como se verifica em seu parágrafo 5º:

---

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. Desenvolvimento sustentável na perspectiva da implementação dos direitos humanos (1986-1992). In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 89.

<sup>133</sup> OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. Obra citada, p. 89.

<sup>134</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 149-150.

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Feita essa breve inserção na polêmica geracional, retoma-se a descrição dos trabalhos pós-Declaração de 1948, que desaguaram na formulação de dois fundamentais instrumentos, agora de força vinculante.

### 4.3

#### Os pactos de 1966

Concluído e aprovado o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), mas tendo-se em estima a ausência de força obrigatória das declarações, pensou-se, de início, conforme registra Celso D. Albuquerque Mello, “em fazer uma convenção sobre os direitos do homem e outra convenção onde se trataria das garantias de execução dos direitos do homem”. Porém, em 1950, segundo o mesmo autor, “resolveu-se fundir os dois textos em um único, e em 1952 decidiu-se novamente fazer duas convenções: uma sobre os direitos civis e políticos do homem e outra sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas”.<sup>135</sup>

Quanto às discussões ideológicas que precederam à confecção dos dois novos instrumentos internacionais, Flávia Piovesan fornece elucidativo retrospecto:

Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois Pactos distintos se centrou nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Alegou-se que, enquanto os direitos civis e políticos eram auto-aplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram ‘programáticos’ e demandavam realização progressiva. A exigência de diferentes procedimentos de implementação viria a justificar a formulação de dois Pactos diversos, já que, para os direitos civis e políticos, o melhor mecanismo seria a criação de um

---

<sup>135</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 824.

Comitê que apreciasse petições contendo denúncia de violação de direitos – instrumento que se mostraria inadequado para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em face dessas argumentações, os países socialistas responderam que não era em todos os países que os direitos civis e políticos faziam-se auto-aplicáveis e os direitos sociais, econômicos e culturais não auto-aplicáveis. A depender do regime, os direitos civis e políticos poderiam ser programáticos e os direitos sociais, econômicos e culturais auto-aplicáveis. Neste raciocínio a feitura de dois instrumentos distintos poderia ainda significar uma diminuição da importância dos direitos sociais, econômicos e culturais. Contudo, ao final, a posição ocidental prevaleceu, ficando decidido que dois pactos internacionais diversos seriam adotados – cada qual pertinente a uma categoria específica de direitos.<sup>136</sup>

Fábio Konder Comparato sustenta, com veemência, a artificialidade da divisão dos direitos humanos em dois Pactos, assinalando que “os redatores estavam bem conscientes de que o conjunto dos direitos humanos forma um sistema indivisível, pois o Preâmbulo de ambos os pactos é idêntico”.<sup>137</sup>

Iniciados, enfim, os respectivos trabalhos, somente quase quinze anos depois, pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, é que foram adotados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais, porém, entraram em vigor apenas em 1976, quando transcorrida a *vacatio* de três meses, após a data do depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação.<sup>138</sup>

O transcurso de praticamente uma década e meia para a elaboração e a aprovação dos referidos documentos, seguido de outra década mais para o início de sua vigência, deveu-se, por certo, não só às dissensões ideológicas entre os países ocidentais e socialistas como também a resistências na aceitação dos mecanismos de supervisão e monitoramento.<sup>139</sup> No entanto, uma vez suplantadas

---

<sup>136</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 166-167.

<sup>137</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 278.

<sup>138</sup> Essa *vacatio* vem estipulada no artigo 49-1 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 27-1 do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

<sup>139</sup> A esse respeito, Lafer explica que, “dada a confrontação ideológica que caracterizou o mundo bipolar da Guerra Fria, a evolução das deliberações sobre os direitos humanos, no seio das Nações Unidas, veio a refletir a diversidade de concepções relativas aos direitos humanos entre os países do bloco ocidental, herdeiros da tradição liberal e paladinos dos direitos civis e políticos por um lado, e os países do bloco comunista, cuja bandeira inspirada pela tradição socialista eram, como vimos, os direitos econômicos e sociais”. Esclarece, ainda, que “a demora dos Estados em ratificar os instrumentos deveu-se, em boa parte, à relutância em submeter à supervisão internacional, ainda que pouco intrusiva – pelos órgãos de monitoramento dos tratados – sua

tais dificuldades, a própria Declaração de 1948 passou a contabilizar notável fortalecimento, em vista de que seus cânones de intenção viram-se chancelados pelos cogentes preceitos irradiados daqueles vinculantes documentos.

Ao seu alvitre, considera Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano que “os Pactos de 1966 representam a regulamentação dinâmica dos princípios programáticos da Declaração Universal”.<sup>140</sup> Nessa mesma percepção, Ricardo Seitenfus e Deisy Ventura explicitam que “a mudança fundamental introduzida pelo sistema de Pactos consiste na possibilidade de eficácia de execução, pois tais documentos se beneficiam de força jurídica convencional”.<sup>141</sup>

Simultaneamente ao exaltado sentido de efetividade que desses instrumentos assoma, outras características merecem destaque, de molde a lhes revelar, ainda que perfunctoriamente, os pontos que evidenciam seus diferentes horizontes.

Como dito alhures, o Pacto de Direitos Civis e Políticos concentra um feixe de prerrogativas da pessoa frente ao Estado, que desemboca nas liberdades do indivíduo perante as instâncias formais de Poder. No tocante à realização dessas garantias, exige-se das autoridades públicas uma postura eminentemente abstencionista, de modo a não dificultar o exercício dos direitos lá consagrados, sem, portanto, qualquer dispêndio orçamentário. Entretanto, outra é a atitude que vai solicitada aos Estados, quanto aos preceitos estipulados no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vez que estes exigem dos governantes prestações ativas que assegurem sua plena fruição pelos indivíduos, representando, por conseguinte, situações jurídicas impositivas de encargos ao administrador público.

Clémerson Merlin Clève retrata o referido contraste operativo:

O nascimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação etc.) altera profundamente a natureza dos direitos humanos. Estes agora serão, a um tempo, *liberdades e créditos* do indivíduo (ou grupo) frente ao Estado. Se as liberdades se manifestam através de uma prestação prevalentemente negativa do poder público (abstenção do Estado), os créditos

---

situação interna no tocante aos direitos humanos” (LAFER, Celso. *Obra citada*, 1999, p. 157 e 160).

<sup>140</sup> RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Direitos humanos*. 2. ed., 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002, p. 14

<sup>141</sup> SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. *Introdução ao direito internacional público*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 132.

exigem uma prestação prevalentemente positiva, ou seja, a disposição de medidas públicas dirigidas à solução das demandas tipificadas como direitos.<sup>142</sup>

De outra parte, contrastando o conteúdo dos dois Pactos, verifica-se que o dos Direitos Civis e Políticos encerra maior perspectiva de sustentabilidade, até como decorrência da mera passividade recomendada às autoridades estatais. Contudo, se ainda assim vier a se configurar hipótese de atuação de Governo em violação às liberdades públicas, o próprio Pacto em apreço indica em seu bojo o antídoto jurídico, ao concitar os Estados-partes, em seu art. 2º, 3, a que dispensem a toda pessoa assim ofendida, pleno acesso às instâncias corretivas internas (judicial, administrativa ou legislativa). De se ajuntar, outrossim, a peculiaridade de que o Pacto dos Direitos Civis e Políticos conta, em prol de sua efetividade, com dois Protocolos Facultativos,<sup>143</sup> o primeiro deles estabelecendo as condições de admissibilidade de queixas individuais perante o Comitê de Direitos Humanos, enquanto que o segundo destinado à abolição da pena de morte. O Brasil, registre-se, não chegou a aderir a nenhum desses dois Protocolos.<sup>144</sup>

Em contrário, à leitura do Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais, nele em nenhum momento se depara com medidas oponíveis ao Estado para compeli-lo à implementação do *facere* omitido perante seus cidadãos. Antes, seu art. 2º, 2, antecipa-se em estender os benefícios da mora ao Estado-parte que alegue mais não estar fazendo por já ter chegado “até o máximo de seus recursos disponíveis”, nos termos, pois, da denominada cláusula da reserva do possível.<sup>145</sup>

---

<sup>142</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. Obra citada, 1993, p. 125-126.

<sup>143</sup> O ‘Primeiro Protocolo Facultativo do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos’ foi adotado pela mesma resolução que aprovou ambos os Pactos, ou seja, Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Já o ‘Segundo Protocolo Facultativo do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, Destinado a Abolir a Pena de Morte’ foi adotado pela Resolução 44/128 da Assembléia Geral da ONU, em 15 de dezembro de 1989.

<sup>144</sup> Como explica Alves, “a não-adesão aos dois Protocolos Facultativos acha-se, na prática, compensada no âmbito regional. Pela adesão à Convenção Americana dos Direitos Humanos (...), também em 1992, o Brasil aceita necessariamente a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar comunicações e petições individuais. Quanto ao Segundo Protocolo, suas disposições são particularmente relevantes para pressionar os países ou Estados de federações que ainda abrigam a pena de morte em sua legislação penal. A não-adesão brasileira acha-se igualmente suprida no âmbito regional pela ratificação em 13 de agosto de 1996 do Protocolo Referente à Abolição da Pena de Morte adicional à Convenção Americana dos Direitos Humanos.” (ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 43, nota de rodapé n. 19).

<sup>145</sup> A cláusula da ‘reserva do possível’ tem sua raiz na Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU/1948), lendo-se em seu art. XXII: “Todo homem, como membro da sociedade,

Quanto à efetivação desses dois distintos blocos de direitos, avalia Celso

Lafer:

De fato, os direitos civis e políticos comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo internacional, que pode resultar de uma garantia-coletiva criada pelos Estados-Parte de uma convenção sobre direitos humanos. Já os direitos econômico-sociais e culturais, pelas suas características de 'objetivos' a serem realizados progressivamente por uma coletividade, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata. Por isso, o acompanhamento de sua tutela, no plano internacional, não cuida normalmente da reparação ou do problema da violação individuais, como é o caso dos direitos civis e políticos, mas geralmente se faz através de relatórios sobre situações prevaletentes que afetam grupos ou coletividades humanas e que são discutidos e examinados por um organismo internacional.<sup>146</sup>

Partindo-se das especificidades referentes a cada um dos aludidos Pactos, perquire-se, em frente, sobre as dificuldades encontradas no Brasil para dar cumprimento às suas regras, marcadamente àquelas situadas no terreno dos direitos econômicos, sociais e culturais.

#### 4.4

#### A condição do Estado brasileiro

Ao nível normativo brasileiro, é de se destacar que os direitos humanos consagrados nos Pactos em referência, acham-se proeminente positivamente na Carta Republicana de 1988, sob o rótulo de direitos fundamentais e, mais, acompanhados da garantia de imediata aplicabilidade (art. 5º, § 1º), em cláusula direcionada a alcançar não apenas às liberdades individuais mas também às posições jurídicas atinentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, vez que todas, em comum, ostentam a idêntica característica da fundamentalidade (art. 5º, § 2º). Em vista dessas características, coloca-se Flávia Piovesan como partidária

---

tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

<sup>146</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 129.

“da noção de que os direitos fundamentais – sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais – são acionáveis e demandam séria e responsável observância”.<sup>147</sup>

É bem de perceber que essa observância repousa no reconhecimento da indivisibilidade dos direitos humanos, que interagem entre si de modo a potencializar sua fruição pelos membros da coletividade. Impõe-se, por isso, vencer o desafio de tornar factíveis todos os direitos prometidos, civis e econômicos, respeitando-lhes o irredutível signo da interdisciplinaridade. Sob tal perspectiva, assevera José Afonso da Silva que os direitos sociais funcionam como “pressupostos de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.”<sup>148</sup>

As dificuldades, todavia, revelam-se exacerbadas quando se trata de pôr em conexão o plano normativo com o da realidade. Sobretudo nos chamados países do terceiro mundo, ou naqueles em desenvolvimento (onde se tem por enquadrado o Brasil), é comum que os governantes invoquem a falta de disponibilidade financeira como justificativa para a inadimplência no atendimento de direitos econômicos, sociais e culturais.

Porém, o que se divisa é que os administradores públicos, no mais das vezes, negligenciam no correto estabelecimento das prioridades sociais ou, o que é mais deplorável, escudam-se sob o biombo do nebuloso poder de discricionariedade para eleger, em suas políticas orçamentárias, interesses que em nada ou muito pouco coincidem com a realidade estampada pela precariedade vivenciada por suas populações. Some-se a isso o endêmico mal da corrupção, que grassa por todos os continentes, assolando, especialmente, as nações cujos instrumentos de fiscalização das contas públicas se revelam mais rarefeitos.

O Estado brasileiro é candente exemplo desse tipo de descontrole, dando espaço a que se alastrem as mais variadas formas de enriquecimento ilícito, seja em benefício de meliantes do setor público, seja de criminosos do segmento privado. A corrupção que solapa verbas do erário, a sonegação fiscal não

---

<sup>147</sup> PIOVESAN, Flávia. *Obra citada*, p. 185.

<sup>148</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1990, p. 253.

repreendida, enfim, uma gama de danosos fatores que contribuem para uma copiosa sangria de recursos financeiros, ocasionam reflexos negativos na elaboração das leis orçamentárias, em que, para o fechamento dos números, restam sacrificadas as políticas sociais básicas, com prejuízos na área de atendimento das necessidades primárias da população mais carente.

Visando a corrigir tais distorções, pode-se afirmar que no Brasil, por meio do aparato legal existente e especialmente por intermédio do Ministério Público, instituição constitucionalmente destinada a velar pela defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis,<sup>149</sup> está-se buscando, *intra* e extrajudicialmente, responsabilizar aos responsáveis pelos apontados desmandos, tanto civil como criminalmente. As ações condenatórias de improbidade se espalham por todas as unidades federadas, sensibilizando os órgãos jurisdicionais para a necessidade de respostas que, tal como espera a população, expurguem dos meios oficial e privado tanto os daninhos gestores da coisa pública quanto os particulares salteadores do erário.

Na perspectiva da efetivação dos direitos sociais garantidos pelo arcabouço normativo, José Reinaldo de Lima Lopes vislumbra algumas possíveis providências práticas:

quando se falar em *direito público subjetivo* o cidadão está habilitado, creio, a exigir do Estado seja a prestação direta, seja a indenização; quando se tratar de garantia geral os caminhos serão: por meio do *Ministério Público* (art. 129 da Constituição Federal), promover a responsabilidade de autoridades que não estejam dando andamento a políticas e ações já definidas em lei (orçamentárias e programas) e regulamentos ou atos administrativos; as *leis orçamentárias*, incluídos os orçamentos da previdência social, poderão ser impugnadas por ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I) toda vez que contrariarem dispositivos constitucionais, como o artigo 201, e seus parágrafos, ou o artigo 212, e sua respectiva hierarquia (lei complementar referida no art. 163 da Constituição Federal, plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, orçamento anual); responsabilização do Presidente da República especialmente no caso do artigo 85, VI e do artigo 167, § 1º.<sup>150</sup>

<sup>149</sup> Constituição Federal, art. 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

<sup>150</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 3. tir. São Paulo: Malheiros, p. 137-8.

Nada obstante os esforços que se possam assim empreender, é percebido, dentre outros obstáculos, que o meio jurisdicional não tem se mostrado sensível à real dimensão das demandas deduzidas, máxime quando em jogo ações civis públicas, em que se imputa omissão aos governantes na implementação de direitos pronunciadamente sociais (ao feitio daqueles assinados no Pacto dos Direitos Econômicos, Políticos e Sociais).

Inclusive as Cortes de latitude nacional vêm claudicando na proteção de interesses pleiteados em face do Estado, ao medular fundamento de que não seria lícito ao Poder Judiciário impor prestação ao Executivo, pois se assim o fizesse, além de desprestigiar o conteúdo da cláusula administrativa de discricionariedade, também infringiria o constitucional princípio da separação de Poderes (art. 2º).<sup>151</sup>

Analisando a questão, refere José Eduardo Faria que

o Judiciário assumiu uma postura relativamente contemporizadora diante do advento dos direitos sociais. Invocando a independência dos poderes na melhor tradição da democracia liberal clássica e esquecendo-se de que também é parte fundamental do Estado, ele se tem furtado a *enquadrar* o Executivo – uma inércia que se dá, justamente, no momento em que este poder, a pretexto da resolução de sua ‘crise fiscal’, vem promovendo cortes drásticos em suas políticas públicas e, sob a forma de programas de privatização nos campos de saúde, educação e previdência, procurando fugir de suas obrigações sociais.<sup>152</sup>

Não se pode, mesmo, concordar com a apontada timidez judicial, pois sua falta de afirmação perante as outras funções de Poder<sup>153</sup> implica, reflexamente, em infligir verdadeira *capitis diminutio* à cidadania dos consumidores da justiça, que vêem, por esse modo, quedar desequilibrada a relação de forças entre seus representantes na esfera estatal, aí, sim, com inegável desrespeito ao princípio contido no art. 2º da Lei Maior.

---

<sup>151</sup> Constituição Federal, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>152</sup> FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 108-9.

<sup>153</sup> Em consonância com a explicação dada por Grau, “a classificação das funções estatais em *legislativa, executiva e jurisdicional* é corolário da consideração do poder estatal desde o seu aspecto *subjetivo*: desde tal consideração, identificamos, nele, centros ativos que são titulares, precipuamente, de determinadas *funções*. Estas são assim classificadas em razão das finalidades a que se voltam seus agentes – isto é, finalidades *legislativas, executivas e jurisdicionais*.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 176).

No plano das demandas individuais, é verdade, o Judiciário nacional tem se mostrado mais sensível, como se observa, v.g., nas ações intentadas para a obtenção de remédios ou de especializados tratamentos de saúde a serem custeados pelo Estado,<sup>154</sup> cuja regra de suporte interno, o art. 196 da Constituição Federal, que inscreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, saliente-se, está em perfeita sintonia com a do art. 12 do Pacto dos Direitos Econômicos e Sociais.<sup>155</sup>

O Supremo Tribunal Federal, em que pesem os assinalados empecos, ainda assim vem acenando com esparsos, mas auspiciosos, entendimentos no sentido de que os demais Poderes, no tocante à efetivação dos direitos sociais em geral, poderão, sim, ser alvejados por comandos judiciais tendentes ao seu cumprimento prático. Embora se tratando de posição exarada em decisão monocrática, que não teve por pano de fundo a imediata aplicação de normas do Pacto sob exame, mas pela excelência de seu conteúdo afirmatório, cumpre que se transcrevam trechos do quanto explicitado na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45-9, a final declarada extinta por superveniente perda de objeto:

*a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas [...], sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a*

<sup>154</sup> Nesse sentido, decisão proferida no Ag. Instr. nº 452.312/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 23.06.2004.

<sup>155</sup> Em conformidade com o art. 12, 2, ‘d’, os Estados-partes viabilizarão “a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.

liberdade de conformação do legislador, *nem* a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável *ou* procederem com a clara intenção de neutralizar, *comprometendo-a*, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, *afetando*, como decorrência causal de uma injustificável *inércia* estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele *núcleo intangível* consubstanciador de um conjunto *irreduzível* de condições mínimas *necessárias* a uma existência *digna e essenciais* à própria sobrevivência do indivíduo, *ai*, então, *justificar-se-á*, como *precedentemente* já enfatizado – e até *mesmo* por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a *possibilidade* de intervenção do Poder Judiciário, *em ordem* a viabilizar, *a todos*, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido *injustamente* recusada pelo Estado. (grifos no original)<sup>156</sup>

Importa, destarte, concluir que também as prestações concernentes aos direitos sociais, cujo cumprimento tenha por destinatário o Estado, deverão, porque inscritas no arsenal dos direitos humanos, encontrar eco de realizabilidade nas três funções de Poder, inclusive na jurisdicional. Por isso, como vaticina Clémerson Merlin Clève, “um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais”.<sup>157</sup> Enxergando por essa mesma lente democrática, cumpre que, em fecho ao presente tópico, seja transcrita posição sustentada por José Renato Nalini (com apoio em Cançado Trindade), quanto à atuação do magistrado em seara de direitos humanos:

*Servo da Constituição*, na visão arcaica, mas ainda invocada com frequência na retórica forense, o juiz não pode se olvidar do preceito contido nas primeiras linhas da Carta: *A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II- prevalência dos direitos humanos*. A complementação do artigo 5º e seus parágrafos da Constituição do Brasil faz com que, ‘no caso dos Tratados de Proteção Internacional dos Direitos Humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, de acordo com os artigos 5º, § 2º e 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno’.<sup>158</sup>

Após esta breve incursão na realidade brasileira, retoma-se a perspectiva internacional, agora para focalizar traços de importante e histórico embate, em que

<sup>156</sup> STF, Medida Cautelar na ADPF nº 45-9. Rel. Min. Celso de Mello, publ. DJU de 04.05.2004, p. 12.

<sup>157</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista da academia brasileira de direito constitucional*. (vários autores). v. 3. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2003, p. 296-297.

<sup>158</sup> NALINI, José Renato. Rumo ao código latino-americano de direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: 2002, p. 529.

se defrontam os partidários do universalismo e do relativismo cultural, centrada a discussão na força que possam ter costumes locais e regionais, como pretensão salvo-conduto para o descumprimento de regras de direitos humanos.

## 4.5

### Universalismo e relativismo cultural

Os direitos humanos, tal como perfilados em múltiplos documentos internacionais, máxime nos de âmbito universal, apesar de contarem com a desinibida adesão de Estados dos diferentes continentes, acabam, não raro, encontrando severas resistências à sua efetivação interna. Vários são os fatores que a tanto conduzem, destacando-se, dentre eles, os de ordem política, cultural, econômica e religiosa.<sup>159</sup>

Nesse contexto, a questão é assim delimitada por Flávia Piovesan: “o debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: as normas de direitos humanos podem ter um sentido universal ou são culturalmente relativas?”<sup>160</sup>

Deveras, embora os vigentes diplomas internacionais disciplinadores de direitos humanos encerrem pronunciada proposta de incidência universal, os sectários do relativismo cultural se opõem a esse propósito, apoiando seu entendimento em que, registra Flávia Piovesan, “cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade”.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> Em abordagem a tais dificuldades, é prestadio o exemplo fornecido por Alves: “Embora a universalidade dos direitos humanos consagrados na Declaração de 1948 tenha sido reafirmada em diversos documentos internacionais posteriores, entre os quais, com representatividade global, a Declaração de Viena consensualmente adotada pela Conferência Mundial de 1993, sua aceitação efetiva pelos países muçulmanos em geral ainda não é ponto pacífico sequer pela ótica doutrinária. E vem-se apresentando agora cada dia mais problemática em face da crescente onda de fundamentalismos religiosos e seculares que assola a época contemporânea” (ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 30).

<sup>160</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 156.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 156.

Com efeito, ao prospectivo exame da realidade mundial, mesmo se propondo os artífices das regras de direitos humanos a fixar condutas pretensamente assimiláveis por qualquer coletividade social, seria temerário afirmar que tais *standards* pudessem simultaneamente permear a todas elas, haja vista suas palpáveis diversidades, que não podem ser ignoradas.

De se levar em profunda consideração, por isso, a advertência de José Augusto Lindgren Alves, no rumo de que, “contrariamente ao que se costuma afirmar, a Declaração [de 1948] não representa um ‘mínimo denominador comum’ de distintos sistemas e culturas. Ela se proclama ‘o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações’”.<sup>162</sup>

Não surpreende, pois, o fato de que a cada dia cresça a demanda pela normatização de novas aspirações, que se querem aninhar sob o manto da nobre linhagem dos direitos humanos, em evidente demonstração de que os ‘mínimos éticos’ apresentam-se em permanente expansão. Essa dilatação, por outro lado, deixa revelar desconfortáveis contrastes, pois enquanto existem populações que ainda não têm assegurados sequer os ditos direitos da alcunhada primeira geração, já se está, noutra ponta, a celebrar os direitos humanos da era digital, em benefício de coletividades mais prósperas, como visto em tópico passado.

Sopesados todos esses recortes, a melhor orientação, ainda assim, continua a militar em favor da corrente universalista, naquilo em que professa a primazia e eficácia dos direitos humanos na mais larga dimensão possível, tomando por critério axial a dignidade da pessoa humana, inerência que a torna, só por isso e onde quer que esteja radicada, credora absoluta do amparo que lhe devota a comunidade internacional. É intuitivo, a *contrario sensu*, que não se poderá impor àquele mesmo sujeito, a aceitação de uma tutela fundada em norma que se queira de direitos humanos, mas que sucumba frente a outra mais vantajosa, de origem interna ou também de procedência internacional. Desaconselhável, conseqüentemente, que regras de direitos humanos sejam dotadas de apriorística força excludente perante outros padrões normativos, o que se faz sentir, aliás, nos vigentes documentos internacionais, que, invariavelmente, estabelecem cláusulas de adoção da norma mais benéfica em prol dos destinatários.<sup>163</sup>

<sup>162</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 27.

<sup>163</sup> Como exemplo, pode-se mencionar o art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que prevê: “nada do estipulado na presente Convenção afetará as disposições que sejam

Embora seja, por seus bons propósitos, merecedora da melhor simpatia, remanesce espaço para discussões em torno do mau uso que se possa fazer da bem engendrada concepção universalista. A tal propósito, e como contraponto, considere-se a seguinte reflexão proposta por Jürgen Habermas, aqui reproduzida em sua literalidade:

É verdade que, nessa situação de instabilidade, os direitos humanos oferecem à política da comunidade das nações a única base de legitimação que é reconhecida por todos; quase todos os Estados reconheceram literalmente a carta dos Direitos Humanos das Nações Unidas que, entretentes, foi aperfeiçoada. No entanto, a validade universal, o conteúdo e a hierarquia dos direitos humanos continuam sendo, como antes, assunto polêmico. O discurso dos direitos humanos, baseado em argumentos normativos, é acompanhado inclusive da dúvida fundamental de se acaso sob as premissas de outras culturas, a forma da legitimação política ocidental encontraria assentimento. Na forma mais radical, os próprios intelectuais ocidentais defendem a afirmação de que, por detrás do pleito de validade universal dos direitos humanos, apenas se esconde uma pífida pretensão de poder do Ocidente.<sup>164</sup>

Aproveitando o instigante questionamento de Habermas, tome-se, por sua oportunidade, concreto exemplo apreendido nos dias que correm. Trata-se da recente invasão militar ao Iraque, que implicou na deposição de seu presidente, Saddam Hussein. Atualmente, vozes críticas da opinião mundial lançam severas dúvidas quanto à legitimidade moral da intervenção bélica anglo-americana em território iraqueano, cujo governo, no dizer dos interventores, integraria o alcunhado ‘eixo do mal’<sup>165</sup> e protagonizaria verdadeiro terrorismo de Estado. Com efeito, dizem as referidas potências ter agido no afã de restituir ao povo do Iraque um regime democrático e de respeito aos direitos humanos (tese universalista), embora sua ação militar não tenha contado com o beneplácito do Conselho de Segurança da ONU. Há, todavia, dois dados que não podem ser negligenciados nessa ocupação: um deles, traz a pêlo o ânimo de retaliação que moveu o governo

---

mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar: a) das leis de um Estado-parte; b) das normas de Direito Internacional vigente para esse Estado.

<sup>164</sup> HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e legitimidade*. Trad.: Cláudio Molz; Tito Livio Cruz Romão. São Paulo: Landy Livraria, 2003, p. 73. Acerca de uma possível escamoteada função ideológica dos direitos humanos, questiona Habermas sobre se eles “não serviram sempre como guarida para uma universalidade falsa – uma humanidade imaginária, atrás da qual um Ocidente imperialista podia esconder a sua particularidade e o seu próprio interesse?”

<sup>165</sup> No discurso norte-americano, também integram o eixo do mal Coréia do Norte e Irã.

dos EUA depois do ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 (Nova Iorque e Washington), cujo acontecimento, diga-se, antes ainda motivou idêntica invasão ao Afeganistão, em busca de Osama Bin-Laden; o outro, assume caráter de estratégia geopolítica-econômica, com a possibilidade de instalação de novas bases militares no Oriente Médio e de obtenção dos benefícios energéticos da segunda maior reserva petrolífera do mundo. Em suma, não se pode, conclusivamente, afirmar que a invasão ao Iraque tenha tido por inspiração primária a salvaguarda, bem ao tom universalista, dos direitos humanos de que seu povo, indiscutivelmente, constitui legítimo credor.

Nessa quadra, faz-se ilustrativo trazer à consideração o incisivo pensamento desenvolvido por John Rawls, sobretudo quando sugere um rol de graves sanções aos que nomina ‘Estados fora da lei’ (*outlaw states*). Eis suas textuais palavras:

O rol dos direitos humanos honrados por regimes liberais e decentes deve ser compreendido como direitos universais no seguinte sentido: eles são intrínsecos ao Direito dos Povos e têm um efeito (moral) sendo ou não sustentados localmente. Isto é, sua força política (moral) estende-se a todas as sociedades e eles são obrigatórios para todos os povos e sociedades, inclusive os Estados fora da lei. Um Estado fora da lei que viola esses direitos deve ser condenado e, em casos graves, pode ser sujeitado a sanções coercitivas e mesmo a intervenção. [...] A recusa em tolerar tais Estados é consequência do liberalismo e da decência. Se a concepção política do liberalismo político é racional, e se os passos que demos no desenvolvimento do Direito dos Povos também são, os povos liberais e decentes têm o direito, pelo Direito dos Povos, de não tolerar Estados fora da lei, e têm razões extremamente boas para essa postura. Os Estados fora da lei são agressivos e perigosos; todos os povos estão mais seguros se tais Estados mudam ou são forçados a mudar seu comportamento. Do contrário, eles afetam profundamente o clima de poder e violência internacionais.<sup>166</sup>

Por certo que a solução invasiva sugerida por John Rawls deverá, em qualquer circunstância, ser precedida de todos os esforços tendentes a uma pacífica solução dos impasses que possam surgir no contexto internacional, tendo-se como ponto de partida a exortação constante Carta das Nações Unidas (1945), a qual, em seu art. 1, 3, exorta seus membros a

conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para

---

<sup>166</sup> RAWLS, John. Obra citada, p. 105-106.

promover e estimular o *respeito aos direitos humanos* e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua, ou religião. (grifos nossos)

Não se trata, é claro, de virar as costas para abusos praticados em nome de exacerbados culturalismos, pois que nessas ocasiões, indica Flávia Piovesan,

reagem os universalistas, alegando que a posição relativista revela o esforço em justificar graves casos de violações dos direitos humanos que, a partir do sofisticado argumento do relativismo cultural, ficariam imunes ao controle da comunidade internacional.<sup>167</sup>

A sociedade internacional, sublinhe-se, mantém permanente vigília acerca de tão delicado assunto. Aliás, nesse ressaltado, cabe dar notícia de sintético inventário apresentado por Celso Lafer, em que são arrolados os principais pontos acordados na Conferência de Viena de 1993 (Segunda Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que reuniu delegações de 171 Estados e 813 ONGs), catalogados na Declaração e Programa de Ação de Viena (DPAV). Dentre os itens listados, destaca o referenciado autor “o reconhecimento da universalidade dos direitos humanos e da legitimidade da preocupação internacional com a sua observância”, acrescentando, também, existirem “dispositivos que reconhecem a pluralidade cultural, a importância das particularidades nacionais e regionais e os fatores históricos e religiosos”, finalizando, no entanto, que “o caráter universal dos direitos humanos acha-se consagrado no documento, de modo inequívoco”.<sup>168</sup>

Portanto, sem que se abra mão da universalidade inerente aos direitos humanos, são levadas em conta as peculiaridades locais e regionais,<sup>169</sup> compreendendo-se que nem mesmo a avassaladora massificação imposta pela veloz globalização de mercado, é capaz de eliminar arraigadas práticas culturais dos mais diferentes povos.

Feita essa sumária análise das virtudes e vicissitudes ligadas ao dueto universalismo-relativismo cultural, mister que se empreendam, passo seguinte, algumas considerações sobre o sistema especial de proteção aos direitos humanos,

---

<sup>167</sup> PIOVESAN, Flávia. *Obra citada*, p. 159.

<sup>168</sup> LAFER, Celso. *Obra citada*, 1999, p. 167.

<sup>169</sup> A Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1990) dá mostras, em seus arts. 29 (educação) e 30 (minorias), do respeito que se deve devotar às particularidades relacionadas às diferentes etnias, culturas, religiões e dados lingüísticos, onde quer que se encontre a criança.

destacando-lhe os principais documentos, com particular relevo à Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989).

## 5

# O SISTEMA ESPECIAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

### 5.1

#### Do geral para o particular

As considerações até aqui feitas, tiveram por foco principal os três documentos que integram a designada Carta Internacional dos Direitos Humanos, composta, como visto, da Declaração Universal de 1948 e dos dois Pactos de 1966, aquela de índole exortativa e estes se propondo a ter força jurídica vinculante.<sup>170</sup> Essa tríade normativa opera dentro do chamado sistema geral de proteção aos direitos humanos, que, em nível global e sem distinção, visa desestimular a ocorrência de qualquer violação aos direitos de quem quer que seja.

Cuidando-se, porém, de documentos caracterizados pela genericidade, tornou-se necessário que, paulatinamente, certas categorias de interesses se tornassem objeto de consensos setorizados. A partir dessa premissa, passaram a multiplicar-se diplomas internacionais, ensejadores de uma estrutura especial de proteção aos direitos humanos, em perfeita harmonia e interação com os instrumentos integrantes do sistema geral.

Talvez não se descortinasse, há poucas décadas, o solidário interesse que despertariam, por exemplo, o patrimônio marítimo, a causa ambiental ou o código genético humano, cada um, ao seu tempo, dando origem a um específico documento internacional,<sup>171</sup> fenômeno que só se explica pela compreensão da pessoa humana como um ser em permanente evolução e que, a cada passo, reestrutura sua escala de valores. Consoante pondera José Augusto Lindgren

---

<sup>170</sup> LAFER, Celso. Obra citada, 2003, p. 155. O autor usa a expressão *soft law*, para referir-se às Declarações, e *hard law* para referir-se aos tratados.

<sup>171</sup> Convenção sobre o Direito do Mar (1982), Convenção sobre a Diversidade Biológica (1982) e Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1999).

Alves, “sendo os direitos humanos conquistas históricas da civilização, é natural que seu catálogo se ajuste às necessidades de cada época”,<sup>172</sup> na exata perspectiva de que, como refere Celso Lafer, apoiado em herança magisterial de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um *dado* mas um *construído*.<sup>173</sup>

Uma vez justificada a crescente aparição de novos instrumentos especializados,<sup>174</sup> cumpre perceber, com Flávia Piovesan, que, num viés subjetivista, eles não mais apontam

ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo ‘especificado’, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc. O sistema passa a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às pessoas vítimas de torturas, às pessoas vítimas de discriminação racial, dentre outros.<sup>175</sup>

Em meio à apontada diferenciação, indica-se, por ordem cronológica, algumas das mais significativas conquistas: Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (ONU/1948); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (ONU/1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ONU/1979); Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (ONU/1984) e Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989). Embora referido em tópico passado, reitera-se valiosa aquisição para a proteção dos direitos humanos, resultante da aprovação do Estatuto de Roma, que fez instituir o Tribunal Penal Internacional (ONU/1998), cuja Corte, aliás, já teve eleitos e empossados em 11 de março de 2003, em Haia, seus dezoito primeiros juizes, dentre os quais a brasileira Silvia Helena de Figueiredo Steiner, efetivando-se, pouco depois, a escolha do promotor-chefe.

---

<sup>172</sup> ALVES. José Augusto Lindgren, Obra citada, p. 84.

<sup>173</sup> LAFER, Celso. Obra citada, 2003, p. 134.

<sup>174</sup> De acordo com dados reportados por Alves, “é grande o número de convenções em vigor internacionalmente na esfera dos direitos humanos, e maior ainda o número de declarações já adotadas pelas Nações Unidas. Mais de duzentos instrumentos vigentes em 1995, segundo o Departamento de Informação Pública da ONU” (ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 85-86).

<sup>175</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 188.

Em harmonia com as finalidades deste trabalho, passar-se-á a examinar os principais aspectos da Convenção sobre os Direitos da Criança, um dos mais alentados monumentos da normativa internacional especializada.

## 5.2

### **A Convenção sobre os Direitos da Criança**

A proteção dos insuperáveis interesses ligados às crianças encontra fundamento na vulnerabilidade resultante de sua imaturidade físico-mental. Plenamente justificável, por isso, que, já no Preâmbulo da Convenção de 1989, tenha-se tomado como um dos eixos básicos o reconhecimento de que “em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial”.

Essa visão holística, naquilo em que afirma a existência de dificuldades em ‘todos os países’, está a admitir, acertadamente, a ampla diversidade de problemas capazes de afetar o peculiar universo das necessidades infantis em qualquer ponto do globo. Se em Estados de baixo desenvolvimento a urgência poderá residir na disponibilização de alimentos, vacinas, educação fundamental ou na erradicação do trabalho infantil e na repressão ao turismo sexual infantil (sudeste asiático e América Latina, incluindo o Brasil), em países mais desenvolvidos, de outro lado, o desalinho poderá situar-se no cerceamento da liberdade de expressão, da crença religiosa ou no consumo de requintados narcóticos. Num flagelo em escala mundial, tem sido igualmente alarmante o indevido uso da Internet para divulgação de imagens de crianças em cenas pornográficas, a exigir das autoridades responsáveis a firme coibição de tais práticas.

Revela-se falso, portanto, supor que o texto convencional de 1989 pudesse desinteressar às nações economicamente fortalecidas, visto que a gama de interesses afetos à infância transcende a satisfação de valores meramente materiais. Em suma, as prescrições contidas naquele instrumento direcionam-se a toda e qualquer criança, e em qualquer parte do mundo, impondo-se sua

desassombrada implementação, mediante os esforços isolados de cada Estado tanto quanto pela solidária cooperação internacional.

Compreende-se, por isso, a alta receptividade obtida pela Convenção em comento, que se constitui no tratado de direitos humanos da ONU que mais recebeu adesões e ratificações até hoje,<sup>176</sup> renitentes apenas os Estados Unidos e a Somália.<sup>177</sup> À sua leitura (compõe-se de 54 artigos), sobressai de pronto a circunstância de ter conferido à criança, de forma inédita, o *status* de real 'sujeito de direitos', os quais vão catalogados entre os arts. 1º e 41 (Parte I), aglutinando-se, neste extenso rol, direitos de natureza civil, política, econômica, social e cultural. Daí a avaliação levada a cabo por José Augusto Lindgren Alves, no sentido de que,

mais do que uma Convenção especializada na linha de suas congêneres, ela corresponde a uma verdadeira Carta Internacional dos Direitos da Criança, consolidando num único texto o conjunto de disposições que, na esfera generalista, não-especializada, distribui-se pelos três elementos componentes da Carta Internacional dos Direitos Humanos: a Declaração Universal e os dois Pactos.<sup>178</sup>

A essa larga outorga de vantajosas posições jurídicas, justapõem-se dois indissociáveis ingredientes: um deles, alicerçado no reconhecimento de que as vantagens assim convencionadas são divisadas sob o epíteto de 'interesse superior'; o outro, apoiado na concepção de seu prioritário atendimento, prestando-se ambas as premissas a cimentar a base da doutrina da proteção integral,<sup>179</sup> orientadora das políticas e ações de que se tornam credoras todas as crianças.<sup>180</sup> Por isso, anota Flávia Piovesan, a circunstância de que "a Convenção

<sup>176</sup> Assim revelam ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 165; e PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 206.

<sup>177</sup> No específico caso dos Estados Unidos, ainda que de tradição democrática, explica Souza a existência de forte conservadorismo de grupos e organizações internas que, exercendo influência sobre grande parte dos senadores, vêem a Convenção como arma que viria a desautorizar a autoridade dos pais, havendo, no mais, em função do sistema federativo puro norte-americano, questões de autonomia de seus Estados, em alguns deles, como se sabe, sendo admitida a própria pena de morte, inclusive de menores e com o aval da Suprema Corte (SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. Obra citada, p. 63-64).

<sup>178</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 166.

<sup>179</sup> A doutrina da proteção integral será objeto de maior detalhamento em tópico adiante.

<sup>180</sup> Está-se, no presente contexto, usando da terminologia 'criança', à luz da extensão etária que lhe dá a Convenção, ou seja, pessoa com idade inferior a dezoito anos (art. 1º), sabido que no Brasil, consoante a Constituição Federal de 1988 (art. 227), e depois nos termos da Lei nº

acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade”.<sup>181</sup>

Novamente referindo-se à Convenção, diz José Augusto Lindgren Alves:

Ela supera as divergências doutrinárias sobre as ‘gerações’ de direitos, afirmando o conceito do desenvolvimento integral da criança. Reconhece, pela primeira vez, a criança como sujeito de direitos, cujas opiniões devem ser ouvidas e respeitadas em todas as instâncias pertinentes. Dispõe-se a regular a observância desses direitos, individuais e coletivos, em todas as esferas, utilizando como critério interpretativo essencial o interesse superior de seus titulares. Apresenta-se como instrumento orientador à atuação dos Estados na órbita doméstica, fornecendo-lhes simultaneamente argumentos relevantes para a obtenção de ações cooperativas de parte da comunidade internacional.<sup>182</sup>

Em termos de monitoramento, para bem se fiscalizar os progressos realizados no cumprimento das obrigações contraídas, dispõe a Convenção, em seus arts. 42 a 45 (Parte II), que os Estados signatários deverão apresentar, quinzenalmente, relatórios circunstanciados de suas ações. Estes serão apreciados pelo Comitê para os Direitos da Criança, que, a tal desiderato, contará com a colaboração do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e de outras agências especializadas da ONU, a partir do que o Comitê, quando necessário, encaminhará sugestões e recomendações aos Estados-partes. Não há, pois, feição de atuação jurisdicional, não cogitando a Convenção do mecanismo de apreciação de reclamações individuais ou interestatais. A falta de atribuições de maior calibre jurídico do Comitê, conforme avaliação de José Augusto Lindgren Alves, não chega a constituir uma falha, já que, subsidiariamente, outros mecanismos das Nações Unidas podem realizar esse papel de cunho sancionatório, o que, de algum modo, acredita o autor, favoreceu até mesmo um incremento no número de adesões à Convenção, já que desprovida, segundo ele, de cláusulas mais “intrusivas”.<sup>183</sup>

---

8.069/90 – ECA –, optou-se pela dicotomia criança/adolescente, aquela com idade inferior a doze anos, este com idade entre doze e dezoito anos (art. 2º).

<sup>181</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 206.

<sup>182</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 161-162.

<sup>183</sup> ALVES, José Augusto Lindgren Obra citada, p. 172-173. Como exemplos de mecanismos supletivos, refere Alves: “na esfera convencional qualquer comunicação sobre violações pode ser endereçada para exame pelos órgãos competentes do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e do Comitê Contra a Tortura, desde que o Estado implicado tenha aceitado as disposições facultativas sobre a matéria. Na esfera não-convencional, a Comissão dos Direitos

No seu fecho, arts. 46 a 54 (Parte III), a Convenção dispõe sobre questões protocolares, tais como as relativas à adesão e ratificação de seu texto, data de sua vigência, mecanismo de emendas (só proponíveis por Estados-partes), impossibilidade de reservas que deponham contra seus objetivos, procedimento de denúncia e indicação do Secretário-Geral das Nações Unidas como seu depositário.

De valia mencionar, ainda, que, em 25 de maio de 2000, pela Resolução A/RES/54/263 da Assembléia-Geral da ONU, foram adotados dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, um deles sobre a Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantis; o outro, sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados. Pelo primeiro deles, concita-se os Estados-partes a implementarem medidas de prevenção e de criminalização das condutas indicadas no instrumento. Pelo segundo, exorta-se à adoção de providências que excluam do recrutamento para as armas e combates os menores de dezoito anos.<sup>184</sup>

Enfim, em termos de titularização de direitos fundamentais, a criança conquista um estatuto jurídico global ombreado ao do contingente adulto. O respeito e conseqüente efetivação de seus direitos passa a incorporar a agenda dos governantes, que têm contas sociais a prestar interna e externamente. Para que se fique com um exemplo bastante palpável, a ONU, por intermédio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), faz divulgar periódicos Relatórios de Desenvolvimento Humano (RDH), nos quais leva em estima o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH),<sup>185</sup> estando entre seus principais

---

Humanos conta com um Relator Especial temático para estudar e acompanhar os fenômenos da venda de crianças e da prostituição e pornografia infantil. A Subcomissão Para Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias conta, por sua vez, com um Grupo de Trabalho sobre as formas contemporâneas de escravidão que dedica grande parcela de seu tempo e de sua atuação às questões da prostituição infantil e da exploração do trabalho de crianças. Denúncias de violações de direitos da criança são regularmente apresentadas nas sessões anuais da Comissão dos Direitos Humanos e da Subcomissão.”

<sup>184</sup> Em consonância com dados levantados por Piovesan, até meados de 2001, os dois Protocolos ainda não se achavam em vigor, face o não atingimento do número mínimo de ratificações. O Brasil assinou ambos em 6 de setembro de 2000 (PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 209).

<sup>185</sup> No último relatório divulgado pelo PNUD, o Brasil, com base no IDH, aparece, entre 177 países, ocupando 72ª posição, vale dizer, num bloco de desenvolvimento humano tido como médio. Nos indicadores de desigualdade do RDH 2004, estimou-se que no Brasil a renda dos 10% mais ricos é 85 vezes maior que a dos 10% mais pobres, número que coloca o País, dentre os 177 analisados, apenas à frente da Namíbia, Lesoto e Serra Leoa. A elevada concentração de renda atua, pois, como uma das maiores barreiras no combate às mazelas sociais que afligem milhões de famílias e, por conseguinte, milhões de crianças brasileiras, que não têm acesso às prestações sociais básicas. (Jornal *O Estado de S. Paulo*, 15 jul. 2004, p. A-10-12).

indicadores a renda *per capita*, a expectativa de vida e a taxa de escolaridade, ou seja, dados que são, notadamente estes dois últimos, necessariamente apurados no contexto infantil. Por conseguinte, logo se percebe a importância dos investimentos públicos em áreas sociais como a educação e a saúde, posto que fiéis referências para se medir o real comprometimento de cada Estado com suas populações de baixa idade.

De outra face, ao reafirmar a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a Declaração de Viena (1993) fez enaltecer a urgência na deflagração, pelos Estados-partes, de todos os mecanismos tendentes ao amplo cumprimento dos direitos que povoam a Convenção dos Direitos da Criança, sendo pertinente transcrever-lhe evocativo trecho selecionado por Flávia Piovesan:

A não discriminação e o interesse superior das crianças devem ser considerações fundamentais em todas as atividades dirigidas à infância, levando na devida consideração a opinião dos próprios interessados. Os mecanismos e programas nacionais e internacionais de defesa e proteção da infância devem ser fortalecidos, particularmente em prol de uma maior defesa e proteção das meninas, das crianças abandonadas, das crianças de rua, das crianças econômica e sexualmente exploradas, inclusive as que são vítimas da pornografia e prostituição infantil e da venda de órgãos, das crianças acometidas por doença, entre as quais a síndrome da imunodeficiência adquirida, das crianças refugiadas e deslocadas, das crianças detidas, das crianças em situação de conflito armado, bem como das crianças que são vítimas da fome, da seca e de outras emergências. Deve-se promover a cooperação e a solidariedade internacionais com vistas a apoiar a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança e os direitos da criança devem ser prioritários em todas as atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos.<sup>186</sup>

Demarcadas as linhas gerais do modelo global, cumpre efetivar necessária incursão nos mecanismos de proteção regional dos direitos humanos, evidenciando o sistema interamericano e seu mais destacado édito convencional, o Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969).

---

<sup>186</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 208.

## 6

# OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

### 6.1

#### Os sistemas atualmente existentes

Em seu oitavo capítulo, a Carta instituidora das Nações Unidas (1945) deixava aberto o caminho para a formação de “acordos ou de entidades regionais, destinados a tratar dos assuntos relativos à manutenção da paz e da segurança internacionais que forem suscetíveis de uma ação regional” (art. 52,1), desde que tais acordos ou entidades fossem compatíveis com os propósitos da ONU. A Sociedade das Nações, que a precedeu, contava com similar previsão.<sup>187</sup>

Não tardaram, de fato, a ganhar corpo organismos de âmbito regional, que não se limitaram, contudo, a convir apenas sobre assuntos referentes à paz e à segurança internacionais. Transpondo esses lindes, as novas entidades lançaram-se também a pactuar no campo dos direitos humanos, que passaram, então, a contar com dois simultâneos sistemas de proteção, sendo um de alcance global e o outro de alcance regional, sobressaindo, neste último, o componente geográfico-espacial.<sup>188</sup>

Portanto, ao lado do modelo organizativo de feição universal, estabeleceram-se células autônomas regionalizadas, estas constituídas, em tese, de Estados vinculados por um determinado grau de afinidade, quando menos calcado em sua proximidade territorial. Não se cogita, porém, possam essas distintas esferas, atuar de forma excludente entre si, mas, isso sim, de forma

---

<sup>187</sup> Anota Mello, que “o Pacto da Liga das Nações, no seu art. 21, já previa a existência destes acordos e alianças regionais, para a manutenção da paz” (MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 696).

<sup>188</sup> Conforme expressão empregada por Piovesan (PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 225).

reciprocamente complementar, sem qualquer prejuízo ao sentido de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos.<sup>189</sup> Exemplificando o que se está a dizer, tome-se por referência a regra inserta no art. 29, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969), segundo a qual nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as Leis de qualquer dos Estados-partes ou de acordo com outra Convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

Nesse quadrante, Celso D. Albuquerque Mello ensina que, conforme o âmbito de aplicação de suas normas, o direito internacional público pode ser dividido em universal e particular, sendo aquele formado por normas aplicáveis em toda a sociedade internacional, enquanto que este, por normas incidentes apenas em determinada região desta mesma sociedade. Entretanto, salienta o autor, ao tempo em que se consente possam os Estados utilizar-se de normas geograficamente limitadas, não significa isto poderem contrapor-se às normas imperativas de alcance universal, concluindo que “admitir a existência de um DI Particular não é negar a unidade do DI Geral, uma vez que o particular só se manifesta nos limites fixados pelo geral. Existe entre os dois uma relação de subordinação”.<sup>190</sup>

Deveras, sendo a regionalização uma palpitante realidade, cumpre evidenciar-lhe as mais relevantes manifestações. Ao perpassar dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, desponta o europeu como sendo o mais desenvolvido, seguido do interamericano e do africano,<sup>191</sup> estruturando-se, por igual, o sistema árabe<sup>192</sup> e noticiando-se, por fim, a proposta de criação de um sistema regional asiático.<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> Alves considera que “a existência dessas arquiteturas regionais paralelas à arquitetura do sistema mundial, longe de enfraquecer a universalidade dos direitos humanos, visa fortalecer sua observância com dois níveis complementares de garantias, um dos quais mais próximo às circunstâncias em que os direitos se exercem – ou devem ser exercidos” (ALVES, José Augusto Lindgren. *Obra citada*, p. 270).

<sup>190</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. *Obra citada*, p. 175-176.

<sup>191</sup> Nessa exata ordem, assim admitem Piovesan e Alves (PIOVESAN, Flávia. *Obra citada*, p. 226; e ALVES, José Augusto Lindgren. *Obra citada*, p. 271).

<sup>192</sup> Sobre o sistema árabe, informa Steiner, ser “ainda mais incipiente que o sistema africano”. Entretanto, “a partir de um convite das Nações Unidas para participar da Conferência Mundial dos Direitos Humanos realizada em Teerã em 1968, a Liga dos Estados Árabes, que até então não se dedicava a enfrentar a matéria, viu-se motivada a criar mecanismos regionais de proteção aos direitos humanos”, sendo que “a motivação da Liga Árabe veio expressa pela

Flávia Piovesan, ao dizer da feição de cada um dos três mais destacados sistemas, relata que:

O sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema europeu conta com a Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950, que estabelece a Comissão e a Corte Européia de Direitos Humanos. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento a Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos.<sup>194</sup>

Ao encontro dos objetivos do presente trabalho, tendo em estima a ativa participação do Brasil em suas atividades, convém, a seguir, traçar alguns lineamentos em torno do sistema interamericano.

## **6.2**

### **O sistema regional interamericano**

#### **6.2.1**

##### **O nascimento da OEA**

Preliminarmente, devem-se recuperar alguns marcos históricos que antecederam a aprovação e vigência do Pacto de San José da Costa Rica, documento de maior projeção na salvaguarda dos direitos humanos dentro da estrutura interamericana.

---

inclusão, na agenda da Conferência, de tema referente a direitos humanos e ocupação de territórios, inclusive constando das discussões a questão da ocupação de territórios árabes por Israel na guerra de 1967.” Por fim, adita a autora, “já em dezembro de 1968 a Liga convocou uma Conferência sobre Direitos Humanos, na qual decidiu-se pela criação de uma Comissão Árabe Permanente de Direitos Humanos. A Comissão preparou a Carta Árabe de Direitos Humanos, a qual foi aprovada em sessão de setembro de 1994, mas que ainda não entrou em vigor” (STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. Obra citada, p. 46-47).

<sup>193</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 226, reportando informação prestada por Henry Steiner.

<sup>194</sup> PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 226-227.

Conforme digressão exercitada por Celso D. Albuquerque Mello, já no primeiro quartel do século XIX desenhavam-se os primeiros movimentos no sentido de se criar um sistema ou uma confederação entre os diversos países da América, por iniciativas deflagradas, dentre outros, por Bolívar (1826), enquanto governante da Grande Colômbia (Colômbia, Panamá, Equador e Venezuela de hoje), daí chegando a brotar um documento multilateral denominado Tratado de União, Liga e Confederação, que não chegou a entrar em vigor, uma vez que apenas a Colômbia o ratificou.<sup>195</sup>

Somente um século mais tarde, porém, é que, nas palavras de Hildebrando Accioly, “a 9ª Conferência Internacional Americana, reunida em Bogotá, deu afinal um estatuto constitucional definitivo à organização interamericana, por meio da Carta ali assinada a 30 de abril de 1948”, quando, então, “a antiga associação de nações americanas passou a ter o nome de Organização dos Estados Americanos e se declarou ‘organismo regional das Nações Unidas’”.<sup>196</sup>

A Carta instituidora da Organização dos Estados Americanos (OEA), em seu art. 5º, ‘j’, proclamou “os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo”, assumindo seus Estados-membros, por esse modo, indissolúvel compromisso para com o respeito aos direitos humanos em seus respectivos territórios. Nela, ainda, foram adotadas importantes normas rubricadas como ‘sociais’ e ‘culturais’ (arts. 28 a 31), especificando direitos inerentes ao bem estar material e espiritual, às relações trabalhistas e à educação dos indivíduos.

Outro relevante aspecto a considerar está em que, na referida 9ª Conferência Internacional Americana, teve também lugar a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a qual, sem força convencional, não vinculava aos Países-membros da OEA, cumprindo lembrar que esse diploma antecede em quase oito meses a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que viria a ser aprovada pela ONU em 10 de dezembro do mesmo ano de 1948.

Ponto que também confere toque de originalidade à Declaração regional americana, consiste em haver albergado, para além de direitos, um rol de

---

<sup>195</sup> MELLO, Celso D. Albuquerque. Obra citada, p. 721.

<sup>196</sup> ACCIOLY, Hildebrando. Obra citada, p. 211.

deveres<sup>197</sup> imponíveis às pessoas (arts. 29 a 38), a tal propósito lendo-se em seu Preâmbulo: “Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade”.<sup>198</sup> Aqui, como sublinhado por José Augusto Lindgren Alves, procurou-se promover “a adequação do documento à doutrina jurídica tradicional de que a cada direito corresponde um dever”.<sup>199</sup>

Também a Organização dos Estados Americanos, que só contava com a aludida Declaração de Direitos de 1948, animou-se a confeccionar um instrumento de força vinculante, que veio, duas décadas depois, a se traduzir no Pacto de San José, alvo do próximo tópico.

## 6.2.2

### O Pacto de San José da Costa Rica

Reveste-se de grande importância, no âmbito doméstico interamericano, a aprovação, em 22 de novembro de 1969, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de força obrigatória e mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, capital e país em que foi assinada, tendo, todavia, entrado em vigor apenas nove anos mais tarde, precisamente em julho de 1978, por ocasião do depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação. O Brasil, no entanto, ratificou-a somente em 25 de setembro de 1992<sup>200</sup> (mesmo ano, lembre-se, em que também ratificou os dois Pactos de Direitos da ONU de 1966), cuja demora, em grande parte, coincidiu com o período do regime militar em que se encontrava o País no pós-1964.

---

<sup>197</sup> Neste passo, meses depois, também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU/1948), em seu art. XXIX, 1, incorporou regra no sentido de que “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.”

<sup>198</sup> Consigne-se que, aprovada bem mais tarde (a 28 de junho de 1981), a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, identicamente, traz uma extensa série de deveres para os indivíduos (arts. 27 a 29), como se pode conferir em BRANDÃO, Adelino. *Os direitos humanos: antologia de textos históricos*. São Paulo: Landy, 2001, p. 231 e seguintes.

<sup>199</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *Obra citada*, p. 272-273.

<sup>200</sup> Ao ratificar a aludida Convenção, após a chancela do Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 27, de 26.05.1992), o Brasil expendeu declaração interpretativa com o seguinte teor: “o Governo do Brasil entende que os artigos 43 e 48 (de) não incluem o direito automático de visitas e inspeções pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que dependerão do consentimento expresso do Estado”, consoante registra PIOVESAN, Flávia. *Obra citada*, p. 339, nota de rodapé n. 3.

Ao manuseio de seu conteúdo, logo se verifica que o Pacto de San José, em termos de direitos enunciados, ocupa-se em explicitar apenas os de natureza civil e política, relegando o detalhamento dos direitos econômicos, sociais e culturais (aos quais faz única menção recomendatória no art. 26) para um posterior documento, que, mais tarde, veio substanciado no Protocolo Adicional de San Salvador (17 de novembro de 1988).<sup>201</sup> Após isso, assomou um Segundo Protocolo Adicional ao Pacto de San José, assinado em Assunção, no dia 8 de junho de 1990,<sup>202</sup> proscrevendo a pena de morte, a exemplo do que já ocorrera no Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Sobre os Direitos Cíveis e Políticos da ONU, de 1966. Na trilha da declaração que a antecedeu, a Convenção Americana também imputa deveres aos indivíduos (art. 32).

No quadrante regional, o consenso da Costa Rica incita aos Estados americanos que (cf. arts. 1º e 2º), na mesma linha concebida para a efetivação dos direitos humanos grafados em instrumentos de âmbito universal, tenham postura de salutar abstenção quanto a permitir o pleno exercício dos direitos cíveis e políticos pelos indivíduos (inscritos nos arts. 3º a 25), bem como comportamento ativo no que se refere à prestação dos direitos econômicos sociais e culturais, discretamente mencionados no art. 26 do Pacto mas analiticamente explicitados no Protocolo de San Salvador.<sup>203</sup>

Embora se possa dizer que a Convenção de San José incorpora os preceitos do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos das Nações Unidas, afiança José Augusto Lindgren Alves que “a Convenção Americana é, porém, mais abrangente e muito mais instrumentalizada para a consecução de resultados concretos do que o Pacto da ONU”.<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> Refere Comparato que: “a fim de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de San José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais” (COMPARATO, Fábio Konder. Obra citada, p. 364).

<sup>202</sup> Ambos os Protocolos Adicionais ao Pacto de San José foram aprovados no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995, seguindo-se suas ratificações em 13 de agosto de 1996 (Protocolo sobre a pena de morte) e 21 de agosto de 1996 (Protocolo de San Salvador).

<sup>203</sup> Menciona Piovesan que, relativamente aos direitos declinados nesse Protocolo de San Salvador, “destacam-se: o direito ao trabalho e a justas condições de trabalho; a liberdade sindical; o direito à seguridade social; o direito à saúde; o direito ao meio ambiente; o direito à nutrição; o direito à educação; direitos culturais; proteção à família; direitos das crianças; direitos dos idosos e direitos das pessoas portadoras de deficiência” (PIOVESAN, Flávia. Obra citada, p. 231, nota de rodapé n. 344).

<sup>204</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 276.

De fato, quanto à sua estrutura de monitoramento, comparecem duas distintas instâncias. A primeira delas, de passagem cogente (cf. art. 61,2), é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 34 a 50), que se distingue por estar habilitada a receber petições individuais (comunicações) de pessoa, grupo de pessoas ou mesmo de entidades não governamentais legalmente reconhecidas, que noticiem violações aos direitos humanos consagrados no Pacto, condicionadas as cabíveis providências, entretanto, ao esgotamento ou inação das jurisdições internas dos Estados, podendo a Comissão, ao final, em não se chegando a uma solução amistosa, promover o encaminhamento da questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos, de estatura jurisdicional, mas também com competência consultiva (órgão disciplinado nos arts. 52 a 69). A Corte, no entanto, não conhece diretamente de reclamações individuais, senão, supletivamente, daquelas encaminhadas pela Comissão ou pelos próprios Estados-partes, tendo suas decisões força vinculante para os Estados, inclusive no tocante a prestações indenizatórias que por ela venham a ser fixadas, descabendo apelação de seus julgamentos.<sup>205</sup>

Esclareça-se, com Flávia Piovesan, que o Estado, “ao se tornar parte na Convenção, aceita automática e obrigatoriamente a competência da Comissão para examinar estas comunicações, não sendo necessário elaborar qualquer declaração expressa e específica para este fim”, o mesmo não ocorrendo em relação à competência da Corte, visto estar “limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente”.<sup>206</sup> Aos membros da Comissão e aos juízes da Corte, acrescente-se, são aplicáveis as regras comuns contidas nos arts. 70 a 73 do Pacto, relativas a imunidades e privilégios diplomáticos, incompatibilidades funcionais, percepção de honorários e despesas de viagem e sanções a que estão sujeitos no exercício das funções.

---

<sup>205</sup> A esse respeito, observe-se divisor esclarecimento prestado por Alves: “a diferença essencial entre as funções da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os outros órgãos multilaterais, assim como entre o Direito Internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional westfaliano, encontra-se na matéria por eles tratada. No Direito Internacional tradicional, o que se busca é a harmonização dos interesses nacionais entre Estados, regulando-se a forma de solução de conflitos. No Direito Internacional dos direitos humanos, busca-se sobretudo a harmonização dos conflitos entre os Estados e seus cidadãos, cujos interesses, em regimes democráticos, são basicamente os mesmos. Apenas marginalmente se solucionam controvérsias interestatais” (ALVES, José Augusto Lindgren. *Obra citada*, p. 283-284).

<sup>206</sup> PIOVESAN, Flávia. *Obra citada*, p. 235 e 243.

Para além dos já mencionados documentos, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos também vem adotando a técnica de elaboração de instrumentos especializados, destacando-se a Convenção Americana para Prevenir e Punir a Tortura (ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995), ambas assinadas durante o Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, Brasil, no mês de junho de 1994.<sup>207</sup> Não chegou a OEA, contudo, a elaborar um específico documento para proteção à infância, como já sucedeu, por exemplo, no sistema europeu.<sup>208</sup>

Deve-se, mais e por fim, realçar que o sistema interamericano de monitoramento, via Comissão e Corte (esta última, aliás, ora presidida pelo brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade), vem atuando em dezenas de casos em que comunicadas violações aos direitos humanos. Em suas estatísticas, o Brasil aparece no pólo passivo de várias denúncias, que vão desde relatos envolvendo detenções arbitrárias e torturas cometidas durante o regime militar, até violações aos direitos de crianças e de adolescentes, de que é exemplo concreto o episódio da ‘Chacina da Candelária’, em que vários jovens foram sumariamente executados em julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, por alegada ação de policiais militares. A esse respeito, Flávia Piovesan cataloga e comenta extenso número de procedimentos, em que o Estado brasileiro figura como implicado.<sup>209</sup>

A seguir, para melhor visualizar as regras que, na normativa internacional, subsidiam a proteção à infância e a garantia de acesso aos órgãos de justiça dos Estados-partes (alvos que interessam de perto à presente pesquisa), selecionam-se algumas delas, tanto de instrumentos genéricos quanto de específicos, existentes nos sistemas global e regional interamericano.

---

<sup>207</sup> Cf. Alves, que assevera, ainda, serem ambos os instrumentos pioneiros, dado que, no âmbito das Nações Unidas, “o máximo que se conseguiu produzir até agora como normas para esses temas foram Declarações, de força recomendatória” (ALVES, José Augusto Lindgren. *Obra citada*. p. 285).

<sup>208</sup> Como informa Souza, “os Estados membros do Conselho da Europa adotaram, em 25 de janeiro de 1996, a *Convenção Européia sobre o exercício dos Direitos da Criança*.” (SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 68).

<sup>209</sup> PIOVESAN Flávia. *Obra citada*, p. 278-297.

## 7

## IMPORTANTES REGRAS DA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS PARA A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA E PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Abre-se espaço, em tom preliminar, para emprestar o devido destaque a duas declarações historicamente importantes na área da criança, que, embora dotadas de caráter meramente recomendatório, inspiraram profundamente as reflexões e os trabalhos posteriormente desenvolvidos no âmbito da sociedade internacional. Por isso, mereceram elevada referência no Preâmbulo da Convenção Sobre os Direitos da Criança (ONU/1989).

A primeira delas, a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, aprovada sob os auspícios da Liga das Nações,<sup>210</sup> continha alvissareiras exortações dirigidas aos Estados subscritores, sendo de importante conotação principalmente para o continente europeu, que se recuperava dos malefícios deixados pela Primeira Grande Guerra Mundial. Suas poucas regras são referenciadas por Alberto Vellozo Machado:

1. a criança tem o direito de se desenvolver de maneira normal, material e espiritualmente;
2. a criança que tem fome deve ser alimentada; a criança doente deve ser tratada; a criança retardada deve ser encorajada; o órfão e o abandonado devem ser abrigados e protegidos;
3. a criança deve ser preparada para ganhar sua vida e deve ser protegida contra todo tipo de exploração;
4. a criança deve ser educada dentro do sentimento de que suas melhores qualidades devem ser postas a serviço de seus irmãos.<sup>211</sup>

---

<sup>210</sup> Tal como explica Alves, “essa Declaração tem relevância precursora não negligenciável, até porque antecedeu de muito a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Além disso, nos primeiros anos do segundo pós-Guerra, teve seu valor referencial revalidado pela ONU, cuja Comissão Social temporária do ECOSOC afirmou, em 1946, serem suas disposições tão ‘vinculantes para os povos do mundo’ naquela época como o haviam sido em 1924” (ALVES, José Augusto Lindgren. *Obra citada*, p. 162).

<sup>211</sup> MACHADO, Alberto Vellozo. *Os direitos de personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente*. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, f. 51.

A segunda das referidas declarações assoma mais de três décadas depois. Já sob o signo de uma nova confraria mundial – a ONU –, seus integrantes aprovam, no ano de 1959, uma revigorada Declaração de Direitos da Criança. Ainda que sem força vinculante, porém mais extensa em seu conteúdo, nela vão proclamados imperativos como os que se referem à necessidade de proteção especial e ao superior interesse da criança, reclamando ações preferenciais dos governantes para o seu atendimento. Sua principiologia veio assim exteriorizada:

Princípio 1º: A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Princípio 2º: A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Princípio 3º: Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade.

Princípio 4º: A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequadas.

Princípio 5º: A criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar.

Princípio 6º: Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Princípio 7º: A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando aos propósitos mesmos da sua educação. A sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

Princípio 8º: A criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro.

Princípio 9º: A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma. Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

Princípio 10º: A criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade entre os povos, de paz e de fraternidade universal, e em plena consciência que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes. Publicidade a ser dada à Declaração dos Direitos da Criança.

A leitura das duas transcritas peças declaratórias não revela preocupação imediata com a proteção jurisdicional dos direitos nelas enunciados, embora não se lhes possa subtrair a força de parâmetro interpretativo, sobretudo pela especialização de seu enfoque, uma e outra direcionadas exclusivamente para a criança. Porém, em outros instrumentos posteriormente editados, ainda que de perfil genérico, encontram-se eloqüentes regras de cuidados para com a infância, bem como outras tendentes à sua efetivação em sede forçada. Aliás, o Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989) traz pormenorizada retrospectiva de documentos internacionais que, anteriormente, acenaram com preceitos destinados à infância.

Nesse rol, de primeira importância se revela a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948), que, em seu art. 24, 2, fez estabelecer que “a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora de matrimônio, gozarão da mesma proteção social.” Já no tocante ao acesso à jurisdição, seu art. 8º, de modo amplo, assevera que “toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

No espectro do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (ONU/1966), ditou-se no art. 24:

1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado. 2. Toda criança deverá ser registrada imediatamente

após seu nascimento e deverá receber um nome. 3. Toda criança terá o direito de adquirir uma nacionalidade.

No atinente ao ingresso em juízo, o Pacto em comento insta a que os Estados-partes viabilizem recurso efetivo a quem tenha violado direito nele previsto (art. 2º, 3, 'a', 'b' e 'c'), além de fixar garantias especiais no plano das ações criminais, inclusive as dirigidas contra jovens (art. 14).

Alusivamente ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966), tem-se importante regra no art. 10, 3, na qual se diz:

deve-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Deve-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade, sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado de mão-de-obra infantil.

Note-se que este Pacto de Direitos Civis não acena com o acesso a instância judicial para a tutela dos direitos que preconiza, visto neles reconhecer o caráter da progressividade no seu cumprimento, até o máximo dos recursos disponíveis pelos Estados-partes (art. 2º, 1).

Com referência ao sistema regional interamericano, o Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969) traz, em seu art. 19, a seguinte disposição: "Toda criança terá direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado". Com relação ao tratamento a ser dispensado pelos tribunais nacionais, repontam duas alentadoras normas: uma delas, no art. 8º, contendo expressivas garantias judiciais para os litigantes em geral e, em especial, para os acusados de prática delituosa, ao passo que a outra, marcada no art. 25, exorta sobretudo a que se assegure a efetividade das decisões que reconheçam violação aos direitos constantes do Pacto.

Encerrando esta sumarizada seleção de regras internacionais, colhe mencionar o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou, também assim conhecido, Pacto de San Salvador (OEA/1988), que, em seu art. 16, estatui:

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 a educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.

Não há, nesse Protocolo, regras específicas de acesso ao aparelho judicial, em lacuna similar à do Pacto dos Direitos Civis e Políticos (ONU/1966).

O corte assim feito, a partir desses poucos, mas fundamentais, instrumentos de direitos humanos, presta-se a realçar a atenção por eles dada, direta ou reflexamente, às temáticas da infância e do acesso à justiça, ditando orientações a serem seguidas pelos respectivos Estados signatários. Particularmente no que se refere à proteção jurisdicional, é preciso que se reforce sua indisputável presença no leque dos direitos humanos, enquanto garantia viva de sua respeitabilidade. Aliás, como pondera Danielle Annoni,

o estudo de temas como o acesso à justiça, a responsabilidade estatal internacional, bem como a busca pela definição de conceitos como prazo razoável, direito internacional dos direitos humanos e cidadania, torna-se imprescindível se o objetivo é a plena efetivação dos direitos humanos no mundo, seja na ordem internacional ou em seus reflexos na ordem interna dos Estados.<sup>212</sup>

Num cotejo que se faça entre as aludidas prescrições normativas e o vigente ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e ordinário, é possível afirmar que a legislação pátria incorpora plenamente as diretrizes internacionais. O mesmo, todavia, não se pode afiançar no tocante à efetivação prática desses todos preceptivos, cujo déficit maior, sem dúvida, localiza-se nas barreiras que impedem o pleno desfrute, por crianças e adolescentes, dos prometidos direitos sociais, econômicos e culturais.

A tão-só ratificação ou adesão a tratados não faz transmudar, de pronto, a desestruturada realidade do ensino fundamental público ou das estioladas ações na área do Sistema Único de Saúde. Da mesma forma, promessas convencionais de acesso a uma ordem jurídica justa, tempestiva e de efetivos resultados, por si, não têm o condão de desemperrar as mazelas de uma máquina de justiça afetada por

---

<sup>212</sup> ANNONI, Danielle. *Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional: responsabilidade internacional do estado*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 112.

atávicas deficiências de orçamento, de pessoal, de leis processuais inadequadas, dentre outras.

No caleidoscópio das dificuldades gerais que assolam o aparelho da justiça, há não muito tempo, ganhou destaque e rendeu grande espaço na mídia a passagem pelo Brasil, em 2003, da relatora das Nações Unidas para Execuções Sumárias, a paquistanesa Asma Jahangir, que, impressionada com o quadro que aqui encontrou,<sup>213</sup> especialmente de impunidade, chegou a propor, em relatório, uma inspeção da ONU sobre o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. Tal proposta deflagrou acalorados debates, sendo tomada, inclusive, em conta de ofensa à soberania nacional. Grandes, pois, são os desafios a vencer para que se chegue a um bom termo na decantada eficiência da justiça.

De outro prisma, a reforma constitucional do Judiciário, cujo procedimento se acha em curso (ano de 2004), parece não estar animando grande parte dos que atuam no meio forense. Medidas como a súmula vinculante ou o controle externo das atividades do Ministério Público e do Judiciário, só por si, parecem ainda longe de veicular as soluções aguardadas pela sociedade, enquanto consumidora final do ‘produto’ justiça. Mesmo a federalização prevista para o processamento e julgamento dos crimes contra os direitos humanos, à falta de uma melhor definição quanto aos tipos incriminadores, parece ainda não contar com a voz unânime dos estudiosos.

De qualquer modo, é de se confiar nos bons resultados que a projetada alteração constitucional possa trazer, máxime no que consiga reforçar o comprometimento do Judiciário para com a intransigente defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana e, por corolário, das crianças e dos jovens.

Pois bem, indicadas regras da normativa internacional dos direitos humanos, as quais dizem de perto com o interesse infanto-juvenil e com a questão do acesso à justiça, inflete-se, daqui em diante, o curso da pesquisa rumo ao seu móvel central, que é o de justificar e examinar as adaptações do diferenciado regime recursal adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que, ver-se-á, inspirou-se na doutrina das Nações Unidas para a proteção integral da criança, explicitamente incorporada pelo ordenamento constitucional-legal brasileiro.

---

<sup>213</sup> Lembre-se de que duas testemunhas por ela entrevistadas, pouco tempo depois, foram também executadas.

## 8

# ELEMENTOS INFORMADORES DA TUTELA RECURSAL DIFERENCIADA NO ECA

### 8.1

#### Interação entre a Constituição Federal e o ECA

Em ordem a recuperar importantes referências legislativas, faz-se de rigor mencionar alguns detalhes a respeito dos dois códigos que precederam ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Releva acrescer que, para antes da Constituição Federal de 1988, nenhuma outra havia reservado espaço a fim de, com acuidade, dispor sobre as questões da infância e da adolescência. Não havia, portanto, um lineamento a ser seguido pelo legislador ordinário.

Embora no Brasil republicano já se contasse com alguma legislação esparsa tratando do assunto,<sup>214</sup> somente em 12 de outubro de 1927 veio a lume o primeiro Código de Menores, por intermédio do Decreto nº 17.943-A (nesse Decreto, escreveu-se Código dos Menores). Ficou conhecido como o Código Mello Mattos, em homenagem ao magistrado José Cândido Albuquerque de Mello Mattos, encarregado de sua elaboração pelo Presidente Washington Luis P. de Souza. Tornou-se, ainda, o primeiro Código de Menores da América Latina, nos termos de investigação reportada por Josiane Rose Petry Veronese.<sup>215</sup>

Passou-se meio século até que fosse substituído pelo Código de Menores aprovado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que vigorou, por sua vez, durante onze anos, até quedar substituído pelo ECA, em 1990.

---

<sup>214</sup> Dentre outros, o Decreto nº 16.272, de 20.12.1923, regulamentando a assistência e a proteção aos menores abandonados e delinquentes; o Decreto nº 17.508, de 04.11.1926, regulamentando da Escola João Luiz Alves, reformatório de menores localizado no Distrito Federal, então Rio de Janeiro; e o Decreto nº 5.083, de 01.12.1926, cujo conteúdo constituiu a base da consolidação que, no ano seguinte, faria nascer o primeiro Código de Menores do Brasil.

<sup>215</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999, p. 26.

Portanto, apenas o último desses diplomas foi aprovado sob os influxos de uma ordem constitucional que já havia incorporado, especialmente em seus arts. 227 e 228, todo o promissor desenvolvimento da normativa internacional na área da infância. Daí a perfeita sintonia entre a Carta de 1988 e a Lei nº 8.069/90, sendo certo que tanto o constituinte quanto o legislador ordinário souberam tirar proveito dos trabalhos que, por essa época, desaguaram na aprovação da Convenção dos Direitos da Criança pela ONU. José Augusto Lindgren Alves explica por que modo se operou essa valiosa aproximação da fonte convencional:

O interesse do governo e da sociedade brasileiros pela Convenção Sobre os Direitos da Criança antecede bastante sua adoção pela Assembléia Geral em 1989. Desde a mobilização da sociedade em torno da preparação da nova Constituição da República, os setores mais sintonizados nos problemas e necessidades de nossas crianças tinham conhecimento das negociações e dos impasses do Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos. Dialogavam com os delegados participantes das negociações e traziam de Genebra insumos e inspiração para suas atividades de mobilização interna. Esta produziu, em primeiro lugar, as conquistas fundamentais abrigadas particularmente nos Artigos 227 e 228 da Constituição de 1988. Produziu ainda muito mais no esforço para sua regulamentação. O Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 e logo qualificado pelo UNICEF como um dos instrumentos legislativos mais avançados do mundo sobre a matéria, não somente precedeu a ratificação pelo Brasil da Convenção Sobre os Direitos da Criança. Ultrapassou-a, em diversos aspectos, sublinhando mais marcadamente a imprescindível parceria governo-sociedade, consagrada *inter alia* na composição dos conselhos pertinentes nos três níveis da Federação. Adotou legalmente no país, antes mesmo da incorporação daquele tratado internacional a nosso Direito interno, o enfoque abrangente por ele postulado da proteção integral à criança.<sup>216</sup>

À conquista constitucional em favor da infância e da adolescência, sem solução de continuidade, prosseguiram os trabalhos de regulamentação, mantido o mesmo entusiasmo de parte do legislador e da sociedade civil. O agradável resultado dessa cruzada cívica materializa-se com a edição da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que abriga o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA),<sup>217</sup>

<sup>216</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. Obra citada, p. 175-176.

<sup>217</sup> Nesse sentido, registra Antonio Carlos Gomes da Costa, que “dezenas de movimentos e entidades aglutinaram-se no Fórum Nacional de Entidades Não-Governamentais de Defesa das Crianças e Adolescentes (Fórum DCA) para coordenar a elaboração e lutar pela aprovação da nova lei, apontada, desde o princípio, como a ‘Constituição das Crianças e dos Adolescentes do Brasil’. Entre essas entidades tiveram especial destaque o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, a Pastoral do Menor da CNBB, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, a Articulação Nacional dos Centros de Defesa de Direitos, a Coordenação dos Núcleos de Estudos ligados às universidades, a Sociedade Brasileira de Pediatria, a Associação Brasileira de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tal enfoque permitiu que, na Constituinte, o capítulo dos Direitos da Criança e do Adolescente fosse aprovado com a expressiva maioria de 435 votos a favor e apenas 8 contra.

cuja doutrina da proteção integral, que lhe dá sustentação, será objeto do item a seguir.

## 8.2

### A doutrina da proteção integral

Embora o conteúdo do art. 227 da Constituição Federal<sup>218</sup> evidencie a clara opção do constituinte em favor da doutrina da proteção integral, certo é que a ela não se referiu textualmente, o que ocorreu apenas com o Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/90), lendo-se, logo no seu art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.<sup>219</sup>

A bem de ver, mesmo nos conexos documentos internacionais, notadamente na Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), não se localiza o *nomen* ‘proteção integral’ ou ‘doutrina da proteção integral’,<sup>220</sup> detectando-se, antes, o uso do termo ‘proteção especial’. Este detalhe, por evidente, em nada deslustra a locução ‘proteção integral’ (de *lege lata*, acolhida pelo ECA), que, aliás, conta com eloqüente receptividade no meio doutrinário, quando menos pelo vigoroso sentido divisor que essa doutrina estabelece em

---

Quando da votação do Estatuto, nas duas Casas do Congresso Nacional, o fenômeno se repetiu. A aprovação se deu por votação das lideranças de todos os partidos representados no Parlamento” (COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21-22).

<sup>218</sup> “Art. 227. 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.”

<sup>219</sup> Em análise a esse art. 1º, assim escrevem Antônio Fernando do Amaral e Silva e Munir Cury: “ao romper definitivamente com a *doutrina da situação irregular*, até então admitida pelo Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.79), e estabelecer como diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a *doutrina da proteção integral*, o legislador pátrio agiu de forma coerente com o texto constitucional de 1988 e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações” (SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; CURY, Munir. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. rev. e atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15).

<sup>220</sup> Tal detalhe é também apreendido por SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 74.

relação à da situação irregular, que lhe antecedeu (cf. art. 2º do revogado Código de Menores – Lei nº 6.697/79).

Da mesma sorte, não tem sofrido críticas a opção do legislador interno em categorizar os titulares dessa nova ordem jurídica em ‘crianças’ (0 a 11 anos) e ‘adolescentes’ (12 a 18 anos), ainda que a Convenção tenha aludido, de modo uniforme, apenas à categoria ‘criança’, na mesma linha, aliás, dos suplantados Códigos de Menores de 1924 e de 1979, que unitarizavam a terminologia ‘menor’.

Convém, no entanto, salientar que já o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU/1966), em seu art. 10, 3, referira-se a ‘criança e adolescente’. A expressão ‘adolescente’, por igual, foi empregada no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Protocolo de San Salvador (OEA/1988), em seu art. 15, 3, ‘c’. Objeto de menção no presente trabalho, registre-se, também, sua presença na obra de Evaristo de Moraes, sob o título *Criminalidade da Infância e da Adolescência*, reeditada em 1927. Vê-se, então, que o uso do binômio ‘criança-adolescente’, adotado pela Lei nº 8.069/90, não chega a ter a marca da originalidade.

Ainda em sede terminológica, percebe-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), com frequência, recorre a expressões como: ‘bem-estar da criança’ (no Preâmbulo); ‘interesses superiores da criança’ (art. 3, 1) e ‘interesse maior da criança’ (arts. 9, 3 e 21), as quais, embora não apareçam literalmente copiadas na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, encontram seu correspondente na locução ‘prioridade absoluta’, que o legislador interno adotou como referencial para o atendimento dos direitos de crianças e de adolescentes (art. 227 da CF e art. 4º do ECA). Nesse passo, assoma de utilidade o apontamento de Alberto Vellozo Machado, ao explicar que:

nem a Constituição Federal, nem o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizaram as expressões ‘superior interesse, melhor interesse ou maior interesse’, apesar disto, o Direito Brasileiro assimilou-as quando adotou a Doutrina da Proteção Integral estabelecida na Convenção dos Direitos da Criança. Este compromisso internacional, por sua vez, dispõe expressamente do ‘superior interesse’ e tal princípio ingressou no sistema jurídico brasileiro através da sua ratificação pelo Brasil com o Decreto 99.710/90.<sup>221</sup>

---

<sup>221</sup> MACHADO, Alberto Vellozo. Obra citada, f. 222.

Tecidas essas preliminares observações, verifica-se existir sereno consenso entre os estudiosos, no sentido de que a doutrina da proteção integral, a que se filia o ordenamento brasileiro, guarda plena conformidade com a sistemática internacional, toda ela capitaneada pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (ONU/1989) e secundada por outros esparsos diplomas.<sup>222</sup> Daí afirmar Emilio Garcia Mendez que “a Convenção Internacional contribui decisivamente para consolidar um corpo de legislação internacional denominado ‘Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância’”.<sup>223</sup>

Como anteriormente referido, várias foram as solenes manifestações da comunidade internacional em proveito da infância, desde as Declarações de 1924 e 1959, até se chegar à culminante Convenção de 1989. Em meio a esses textos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) também assinalou que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais – art. 25.2. –, amalgamando, desse modo, as sólidas bases da especial proteção a ser dispensada às populações infante-juvenis, em todos os lugares.

Em vista desse fragmentado tratamento normativo ao longo do tempo, aponta Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza que:

evoluiu-se de um sistema em que as normas encontravam-se isoladas, regulando situações específicas, para um sistema compatível e aplicável às mais diversas culturas e sociedades, prestigiando o estabelecimento de normas conceituais que, por fim, acabaram por definir as bases do que se chamou a ‘*doutrina da proteção integral da criança*’, encampada totalmente pelos termos da Convenção.<sup>224</sup>

<sup>222</sup> A esse respeito, assim se manifestam Munir Cury, Paulo Afonso Garrido de Paula e Jurandir Norberto Marçura: “a doutrina da proteção integral inspira-se na normativa internacional, materializada em tratados e convenções, especialmente os seguintes documentos: a) Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos da Criança; b) Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude (*Regras de Beijing*); c) Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade; e d) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (*Diretrizes de Riad*).” (CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da criança e do adolescente anotado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000, p. 19). Tais documentos datam, respectivamente, de 1989, 1985 e, os dois últimos, de 1990, a eles se podendo acrescentar, por sua notável importância no espectro do direito da criança à convivência familiar, a Convenção de Haia, concluída em 1993, relativa à Proteção das Crianças em Matéria de Adoção Internacional.

<sup>223</sup> MENDEZ, Emilio Garcia. Legislação de “menores” na América Latina: uma doutrina em situação irregular. In: SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia (Comp.). *Do avesso ao direito*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 32.

<sup>224</sup> SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. Obra citada, p. 72.

Sustenta o mesmo autor, em remate, que “a origem de tal doutrina, sem dúvida, é a Declaração Universal dos Direitos da Criança”.<sup>225</sup>

Ao ver de Antônio Carlos Gomes da Costa, a doutrina da proteção integral:

afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadoras da continuidade do seu povo, da sua família e da espécie humana e o reconhecimento de sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e os adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para o atendimento, a promoção e a defesa de seus direitos.<sup>226</sup>

Realçando-lhe a conotação jurídica, Paulo Afonso Garrido de Paula acentua que: “constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”; bem assim que, “quando a normativa internacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente referem-se à proteção integral, estão indicando um conjunto de normas jurídicas concebidas como direitos e garantias frente ao mundo adulto, colocando os pequenos como sujeitos ativos de situações jurídicas”.<sup>227</sup>

Em termos comparativos, o acolhimento da doutrina da proteção integral confere importante ganho para a população com idade inferior a dezoito anos, relativamente ao modelo preconizado pela anterior legislação de regência. A grande diferença de qualidade situa-se na abrangência com que a proteção integral se impõe, visto que beneficia, indistintamente, a toda e qualquer criança e adolescente, aos quais confere a inafastável qualidade de titulares de direitos perante a família, a sociedade e o Estado.

De fato, o Código de 1979, centrado na doutrina da situação irregular, não operava com a idéia de o menor titularizar direitos, os quais, aliás, eram de escassa previsão em seu texto (*e.g.*: o direito de o infrator interno receber visitas – art. 118 –, ou de o menor, em situação irregular, receber assistência religiosa – art.

---

<sup>225</sup> SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 72.

<sup>226</sup> COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 21.

<sup>227</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: RT, 2002, p. 23.

119). Na lição de Antonio Luiz Ribeiro Machado, a Lei nº 6.697/79 era um diploma de restrita incidência, voltado a atuar apenas sobre menores cujo estado reclamasse prestação jurisdicional, condição que foi definida como de “situação irregular”.<sup>228</sup>

Recuando um pouco mais, até ao Código de 1924, embora seu conteúdo demonstrasse forte tendência em *rotular* os menores (expostos, abandonados, vadios, mendigos, libertinos, delinqüentes, pervertidos ou em perigo de o ser), provendo as correspondentes medidas de assistência, teve um diferencial em relação àquele de 1979, eis que, ao menos, previa um extenso capítulo (arts. 101 a 125) com normas garantidoras de cuidados mínimos ao jovem trabalhador, a quem se vedava o labor antes dos doze anos. Não deixava de ser o reconhecimento da titularidade de um direito, em uma época em que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, fundada em 1919 –, já se afirmava diante das relações capital-trabalho.

Em comum, descortina-se que aos Códigos de 1924 e de 1979 faltava a marca da universalidade, eis que seu público era formado por categorias pré-selecionadas de menores portadores de alguma patologia social,<sup>229</sup> que não viam nesses instrumentos legais um repositório que lhes conferisse posição jurídica ativa frente à família, à sociedade e ao Estado. Em outras palavras, não eram leis para ‘bons meninos’.

Quanto ao Estatuto de 1990, seu público-alvo, sem exclusão, é composto por todas as crianças e adolescentes, credores de “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana” (art. 3º), os quais, sem a pretensão de esgotamento, aparecem analiticamente descritos no título II do Livro I (arts. 7º a 69). Na aferição de Paulo Afonso Garrido de Paula, crianças e adolescentes passaram, então, a titularizar diretamente relações jurídicas, à medida que se lhes reconheceu a condição de efetivos sujeitos de direitos.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. *Código de Menores comentado*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2. Segundo o mesmo autor, “a expressão *situação irregular* é adotada pelo Instituto Interamericano da Criança, órgão da OEA, e abrange, portanto, as diversas qualificações casuísticas dadas ao menor: assistido, abandonado, exposto, delinqüente, infrator, com problema de conduta anti-social etc.” (Ibidem, p. 3).

<sup>229</sup> Expressão usada por Antonio Luiz Ribeiro Machado (Obra citada, p. 2).

<sup>230</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Obra citada, p. 20. O autor enfatiza que “somente com a Constituição de 1988 é que se reconhece a possibilidade de crianças e adolescentes participarem direta e amplamente de relações jurídicas com o mundo adulto, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos. Foram concebidos, finalmente, como sujeitos de

Mas a marca estatutária vai além, pois a proteção integral não se limita a reconhecer na criança e no adolescente a suscetibilidade de serem sujeitos de direitos, pois, somente isso, de nada valeria, caso não se reconhecesse que esses sujeitos encontram-se em peculiar condição de desenvolvimento (art. 6º). Noutras palavras, seria inócuo conferir direitos a alguém que não estivesse em ideais condições de exercê-los por suas próprias forças. Admite-se, nessa perspectiva, que infantes e jovens ainda não atingiram suficiente grau de maturidade físico-psíquica para, por si mesmos, proverem suas fundamentais necessidades, o que justifica o chamamento feito à família, à sociedade em geral e ao Estado, para que, conjugadamente, implementem os melhores esforços para assegurar-lhes a plena fruição de seus consagrados direitos (art. 4º, *caput*).

O legislador do ECA, por fim, dando cumprimento à matriz constitucional, assevera que aqueles sujeitos de direitos, aos quais se reconhece a peculiar condição de desenvolvimento, deverão ter suas necessidades atendidas em regime de prioridade absoluta (art. 4º, § único), que compreende desde a primazia de receberem proteção e socorro em quaisquer circunstâncias até a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas de sua atenção específica.

Nada, portanto, pode ser excluído da órbita de interesses de crianças e de adolescentes, pena de se violar não somente o ECA, mas a Constituição e a Convenção de 1989, incorporada, mediante ratificação, ao ordenamento jurídico interno, tornando o Brasil, em consequência, passível de sofrer regular monitoramento externo. Como adverte Maria de Fátima Carrada Firmo, não se pode olvidar que “as normas constitucionais referentes à criança e ao adolescente estão impregnadas dos princípios internacionais dos direitos humanos”,<sup>231</sup> circunstância que reforça a gravidade no cumprimento dos compromissos a esse título assumidos.

É a força motriz da proteção integral que alimenta a adoção de providências mais eficientes para o atendimento de interesses afetos à infância e à juventude, inclusive no que se refere à sua estada em juízo, ocasião em que, não apenas o acesso, mas a otimização do andamento processual e a entrega do

---

direitos, capazes para o exercício pessoal de direitos relacionados ao desenvolvimento saudável e de garantias relacionadas à integridade.”

<sup>231</sup> FIRMO, Maria de Fátima Carrada. *A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 29.

provimento final terão prioridade. Dentre outras singularidades constantes da Lei nº 8.069/90, a criança e o adolescente dispõem de acesso direto a defensores, promotores e juizes (art. 141), gozam de assistência judiciária gratuita (art. 141, § 1º), contam com juízos especializados (art. 145), além de ter à disposição vários procedimentos adequados às suas necessidades (arts. 152 e segs.), inclusive um diferenciado procedimento recursal (arts. 198/9), que será, adiante, objeto de mais detida análise.

Encerrando, a autoridade da doutrina da proteção integral pode ser avaliada numa situação bastante polêmica, que envolve a possibilidade de o Ministério Público, a seu privativo encargo, desenvolver investigações criminais, paralelamente à iniciativa constitucionalmente assegurada à Polícia judiciária. Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal está em vias de emitir um definitivo posicionamento acerca dessa delicada questão, existindo alguns poucos precedentes contrários à investigação pelo *Parquet*. Em meio a isso, porém, e é o que se deseja aqui registrar, a Excelsa Corte teve oportunidade de se pronunciar recentemente, validando investigação levada a cabo pelo Ministério Público, exatamente porque tinha por objeto diligências tendentes a apurar o cometimento de crime de abuso sexual cometido contra criança e adolescente. Do corpo do voto do Ministro-Relator, colhe-se que o decisivo fundamento, em favor da atuação investigativa do órgão ministerial, residiu na circunstância de a Lei nº 8.069/90 (ECA) adotar a doutrina da proteção integral (art. 1º), ao que se somou o fato dessa mesma lei atribuir ao Ministério Público função sindicante para apurar ilícitos e infrações violadoras de normas de proteção à infância e à juventude (art. 201, VII). Transcreve-se a ementa do respectivo acórdão, proferido no HC 82.865-5/GO, Relator o Ministro Nelson Jobim:

*HABEAS CORPUS. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA).*

O Ministério Público tem legitimidade para instaurar sindicância para a apuração de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/90).

Além da competência que lhe atribui o ECA, é pacífico o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não necessita de inquérito policial para instaurar ação penal.

Caso que não se confunde com o RHC 81.236 que tratava de falta de legitimidade do *Parquet* para presidir ou desenvolver diligências pertinentes ao inquérito policial.

A questão relativa à infância e à juventude é regulada por lei especial que tem previsão específica (Lei 8.069/90).  
*Habeas Corpus indeferido.*<sup>232</sup>

Evidenciada a exponencial importância da doutrina da proteção integral, será posto em relevo, a seguir, tema de permanente importância para a ciência processual contemporânea, referente à efetividade do processo e também conexo aos interesses infanto-juvenis.

### 8.3

#### Efetividade do processo

Já no pórtico de sua clássica obra sobre a cognição, Kazuo Watanabe faz acentuar que “uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos”.<sup>233</sup>

Tal preocupação reflete o reconhecimento de que o alto grau de autonomia científica a que chegou a moderna ciência processual – assim o demonstra a *praxis* forense –, não tem se traduzido em reais benefícios empíricos para os demandantes, que são, enfim, os consumidores finais do serviço jurisdicional e assistem, desalentados, ao drama processual que antecede a definitiva solução da lide.

Detectado o indesejável descompasso, segue-se, então, o desafio de encontrar meios capazes de reconciliar as faces substancial e formal do direito.<sup>234</sup> Se o Estado avoca para si a indeclinável missão de prevenir ou restaurar afirmada

---

<sup>232</sup> STF, 2ª Turma, HC 82.865-5/GO, Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 14.10.2003, DJU de 30.04.2004.

<sup>233</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000, p. 19.

<sup>234</sup> Nas palavras de Theodoro Jr., “de acordo com os processualistas mais eminentes da atualidade, pode-se afirmar, sem medo de erro, que a nota da *efetividade* da tutela jurídica se transformou na busca incessante de aproximar cada vez mais o *processo* e o *direito material*, sob a inspiração do princípio da instrumentalidade” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6).

lesão a direito (art. 5º, XXXV da CF), servindo-se, para tanto, do processo, é curial que o penhor ao primado do devido processo legal não poderá desaguar em desfavor daquele a quem as regras de direito material estejam a favorecer. Noutras palavras, não se pode convir com situação em que a negação do direito seja mero fruto de desastrado arranjo legislativo de normas processuais.

No sentido de que sua finalidade é a de servir de hábil instrumento para a exata realização do direito, tornou-se célebre a fórmula chiovendiana segundo a qual “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.<sup>235</sup> Ou, pelo aspecto inverso, o processo não deve ocasionar prejuízo a quem tenha razão, de acordo com o mesmo autor peninsular. Aí, pois, a síntese do pensamento que vem orientando as reflexões em torno da afetividade do processo.

Por isso que o processo, conforme sentencia Humberto Theodoro Júnior, “será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente conseguir fazer com que prevaleça, de maneira mais completa, o direito subjetivo da parte que dele se vê injustamente privado ou que sofre ameaça de agressão em sua esfera jurídica”.<sup>236</sup> A morosidade, no entanto, continua sendo um dos males que mais depõe contra a efetividade, derivando ora de procedimentos mal concebidos ora das deficiências burocráticas do sistema de justiça, para o que contribuem não apenas a sempre alegada falta de juízes, promotores, defensores públicos, mas também pautas sobrecarregadas, ausência de adequado preparo jurídico ou mesmo negligência dos profissionais que aí operam, inclusive nas serventias, dentre outros cumulados fatores.

Ao analisar a efetividade na perspectiva do direito das partes a um processo sem dilações indevidas, José Rogério Cruz e Tucci enfatiza ser inegável que, “quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória”.<sup>237</sup> Modernamente, aspira-se a uma atividade processual que conduza a resultados justos e em tempo capaz de assegurar a real utilidade do provimento concedido.

---

<sup>235</sup> In: WATANABE, Kazuo. Obra citada, p. 24.

<sup>236</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 7.

<sup>237</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 65.

Nesse vetor, cabe destacar que, de há muito, importantes documentos internacionais estimulam os Estados signatários a viabilizarem a entrega da prestação jurisdicional com rapidez e, mais, sem empecos à sua materialização, como sucede, por exemplo, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948/ONU (art. 8º), a Convenção Européia sobre Direitos Humanos, de 1950 (art. 6º, 1), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966/ONU (art. 14, 3, 'c'), a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989/ONU (art. 40, 3), a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, de 1969/OEA (art. 7º, 5) e com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 (art. 7º, 1, 'd'). Ainda que, à exceção da Declaração Universal, da Convenção Européia e da Carta Africana, os demais instrumentos refiram-se apenas a ocorrências de índole penal, por certo que tal lacuna não deslegitima a pretensão de que suas exortações estendam-se, também, às causas não-penais.<sup>238</sup>

No leito doméstico, o permanente cuidado para com os aspectos inerentes à efetividade do processo, notadamente no plano da justiça das decisões e no da celeridade para até elas se chegar, encontra vivo testemunho na Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11.01.1973), da lavra de Alfredo Buzaid, o que pode ser auscultado nas seguintes passagens: “os princípios informativos do Código [CPC de 1939], embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação” (item 4), “a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem”; “as duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça” (item 5).

Bem intencionadas propostas, de que se prestam a exemplo o inovador julgamento antecipado da lide (art. 330) ou mesmo a supressão de ineficientes recursos – como ocorrido com os agravos de petição e nos autos do processo –, não foram suficientes para levar a bom êxito o almejado propósito de celerização. A realidade revela que o processo civil nacional, ainda hoje, parece não ter

---

<sup>238</sup> Diante da tendência ultimamente assentada pelo Poder Judiciário, inclusive STF, no sentido de, ante alegadas dificuldades orçamentárias, livrar o Poder Público da rigorosa obediência no pagamento de valores constantes de precatórios requisitórios, noticia-se que a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, possivelmente no mês de agosto de 2004, denunciará tal situação perante a Organização dos Estados Americanos – OEA, por alegado desrespeito às leis e aos direitos humanos, o que poderá gerar sanções ao Brasil por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Jornal Folha de S. Paulo*, 12 jul. 2004, p. C-5).

atingido a ditosa meta idealizada por Buzaid, ressentindo-se, mesmo, de um desgastante distanciamento entre sua concepção dogmática e a atual realidade a que deve servir.

Até mesmo a série de pontuais reformas levadas a cabo nos últimos doze anos (desde 1992), como a que generalizou o impactante mecanismo da antecipação dos efeitos da tutela, não chegou a aliviar o deletério e corrosivo efeito do tempo, ao menos no que diz respeito à duração para a entrega do provimento jurisdicional definitivo e, por consectário, de sua correlata tutela recursal. Por tudo isso, a excelente regra prevista no art. 125, II do CPC, que exorta o juiz a “velar pela rápida solução do litígio”, finda por não encontrar eco na diuturna experiência forense.

Segundo reporta Humberto Theodoro Júnior, “Proto Pisani sintetiza o ideal de *efetividade*, que hoje propulsiona toda a dinâmica dos estudos processuais, como a aptidão do processo para alcançar os fins para os quais foi instituído”.<sup>239</sup> Essa aptidão, naturalmente, deve acompanhar a relação jurídico-processual em toda a sua extensão, máxime no instante em que o conteúdo de uma dada decisão deva aterrissar no solo da praticidade, aquinhoando fisicamente ao credor da prestação judicialmente obtida, até porque, como descortina Cândido Rangel Dinamarco, “a tutela jurisdicional efetiva não está nas sentenças mas nos resultados práticos que elas venham efetivamente a produzir na vida das pessoas”.<sup>240</sup>

Veja mais com os olhos voltados para a normativa internacional, o antes referido Pacto dos Direitos Civis e Políticos (ONU/1966), em outra regra, a do art. 2º, 3, ‘c’, conclama a que a tutela dos direitos e liberdades nele consignados, quando definida por autoridade judicial, encontre pleno respaldo no Estado-parte, no sentido de que “deve este garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso”, aqui, naturalmente, utilizada a expressão ‘recurso’ no mais lato sentido processual.

Atendendo a essa enraizada dificuldade que acompanha a operação que deve conduzir à concretude das decisões, Francesco Carnelutti afirmara que não só as leis, mas também as sentenças ostentariam a condição de “produto jurídico

---

<sup>239</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Obra citada, p. 7.

<sup>240</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 600.

semi-elaborado”, não bastando, por si mesmas, à consecução dos fins do direito, que só seriam alcançados pela “colocação em atividade das sanções”, não sendo, para isso, “menos necessário o processo executivo do que o processo de cognição”.<sup>241</sup>

O caminho a ser vencido para o atingimento desses resultados práticos supõe, outrossim, a inarredável oferta legal de adequados procedimentos que a tanto possam conduzir. A própria tonalidade constitucional do direito de ação (art. 5º, 35 da CF), escreve José Roberto dos Santos Bedaque, traz ínsita a garantia de que “o Estado deve colocar à disposição das pessoas meios adequados para satisfação dos direitos”.<sup>242</sup> Necessário, assim, que se examine de imediato a questão da ritualidade adequada, tendo por eixo a temática relacionada à tutela jurisdicional diferenciada.

## 8.4

### Tutela jurisdicional diferenciada

Ao intróito deste relevante item, mostra-se portadora de inteira pertinência a fala de Luiz Guilherme Marinoni, ao destacar que “para a efetividade do processo é imprescindível o correto manejo das técnicas de construção de tutelas jurisdicionais diferenciadas”.<sup>243</sup>

Com efeito, as multifárias pretensões dedutíveis em juízo, porque ligadas a variados interesses substanciais, deixam antever as dificuldades a que se chegaria, caso a relação jurídico-processual tivesse de fluir sob as regras de uma uniforme vestimenta ritual. A padronização, certamente, não se revelaria a melhor solução,

<sup>241</sup> CARNELUTTI, Francesco. Obra citada, p. 47 e 50.

<sup>242</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79. Ainda nas palavras do autor, “é necessário proporcionar acesso à tutela jurisdicional efetiva. Afinal de contas, processo efetivo é aquele dotado de mecanismos adequados à proteção das situações de direito substancial deduzidas perante o juiz, assegurando a satisfação aos interesses jurídicos que tais relações regulam”.

<sup>243</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 12.

pois que o igualitário tratamento de grandezas diferentes conduziria a uma inexorável desequiparação de resultados, aí considerados aspectos como a tempestividade, qualidade, utilidade e a eficácia da resposta jurisdicional, com amplo prejuízo aos seus destinatários.

Donaldo Armelin esquadrinha o impasse em termos de que,

presentes diferenciados objetivos a serem alcançados por uma prestação jurisdicional efetiva, não há porque se manter um tipo unitário desta ou dos instrumentos indispensáveis à sua corporificação. A vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica espelha a atendibilidade desta; a adequação do instrumento ao seu escopo potencia o seu tônus de efetividade.<sup>244</sup>

Portanto, trata-se de disponibilizar diferentes ferramentas habilitadas a cumprirem, com o menor desgaste, a tarefa reclamada para a máxima otimização de cada ato processual e de todo o *iter* procedimental, minimizando-se indesejáveis rupturas cronológicas entre o comando processualmente emitido e sua operatividade no plano substancial.

Sem embargo, na dimensão temporal, como consente Niklas Luhmann,

tem de se dar tempo ao procedimento para poder pôr em funcionamento os seus próprios métodos de elaboração de informações. [...] O ambiente social tem de conceder aos processos judiciais um tempo de aprofundamento. Que os juízes disponham de prazos dentro de limites mais ou menos elásticos e que nisso se possam ater às necessidades inerentes ao processo, é do conhecimento geral. Ao mesmo tempo, também a 'morosidade' do processo constitui um velho e eterno tema de crítica à justiça, porque o planejamento cronológico dos tribunais não é coordenável com o do ambiente.<sup>245</sup>

Todavia, a necessária maturação da causa, como fator de segurança à justiça das decisões, não deve implicar em demasiado sacrifício para o litigante a quem os contornos da pretensão, desde seu limiar, revelem razoável grau de probabilidade, donde a conveniência de que os ordenamentos processuais acenem com expeditos mecanismos, reparadores ou preventivos, lastreados em cognição não mais que sumária.

---

<sup>244</sup> ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 65, p. 45, jan.-mar. 1992.

<sup>245</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad.: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 62.

Enaltecendo a necessidade de emprestar ao processo maior efetividade, a fim de que ele se desincumba do mister de realização do direito material, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca a importância de existirem procedimentos adequados às suas reais finalidades, de modo a que o processo alcance o máximo de eficiência. Na base dessa preocupação, desponta o princípio da adaptação ou da adaptabilidade do procedimento, em que a adequação vai assentada em fatores de ordem subjetiva (atendimento às peculiaridades dos sujeitos da relação processual), objetiva (atenção às nuances do bem jurídico sob disputa) e teleológica. Relativamente a esta adequação teleológica, observa o referido autor que ela interferirá “tanto na adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição quanto nos ritos internos a cada um dos processos”, concluindo que “a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional, revela exatamente a necessidade de adequação do processo ao direito material”.<sup>246</sup>

Evidencia-se, nesses discursos, que um dos marcantes traços da tutela jurisdicional diferenciada identifica-se exatamente com a necessidade de um *apropriado procedimento* que assegure, útil e tempestivamente, a factibilidade da prevenção ou restauração do direito material desrespeitado ou na iminência de sê-lo. Daí reafirmar Donaldo Armelin a “permanente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional e de seus instrumentos à sua finalidade”.<sup>247</sup> De sua alta condição de timoneiro das reformas processuais em curso no Brasil, Sálvio de Figueiredo Teixeira, em idêntica linha de pensar, entende que a efetividade da prestação jurisdicional tem “como idéias matrizes o acesso a uma ordem jurídica justa e a celeridade na solução do litígio, ao fundamento de que somente procedimentos ágeis e eficazes realizam a verdadeira finalidade do processo”.<sup>248</sup>

Sempre nessa convergência, recolhe-se em José Carlos Barbosa Moreira, assim por ele assim denominado, um ‘programa básico’ de campanha em prol da efetividade, composto de cinco itens, em que também sobressai (letras ‘a’ e ‘b’) a atenção para com a plasticidade ritual. Conforme o autor:

---

<sup>246</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 116 e 119.

<sup>247</sup> ARMELIN, Donaldo. Obra citada, p. 45.

<sup>248</sup> TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma da legislação processual no contexto de uma nova justiça. In: *Modificações no CPC*. (Obra coletiva). Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 73.

- a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
- b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
- c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
- d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
- e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.<sup>249</sup>

Em vista do quadro delineado, seria ilógico afirmar que o legislador pátrio não venha levando em conta a necessidade de especializar certos procedimentos. Prova disso está que no vigente Código de Processo Civil chegou-se a reservar todo um livro (IV), exclusivamente para a disciplina dos nomeados procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária (graciosa). Simultaneamente, ante o reconhecimento da existência de silhuetas distintas, o legislador vem, ao longo do tempo, estruturando, em leis extravagantes, procedimentos variavelmente diferentes daqueles ditos comuns, tal como ocorrido em relação à desapropriação direta (Dec.-lei nº 3.365/41), ao mandado de segurança (Lei nº 1.533/51), à ação popular (Lei nº 4.717/65) e, mais recentemente, em relação à ação civil pública (Lei nº 7.347/85), aos interesses da infância e juventude (Lei nº 8.069/90) e às relações consumeristas (Lei nº 8.078/90), para que se fique apenas em alguns poucos exemplos de maior repercussão.

Quanto a essas formatações desviantes do padrão comum, explica Celso Neves:

A nota de *especialidade* que alguns procedimentos apresentam não decorre do encurtamento de rito que opõe os procedimentos comuns *sumários e sumaríssimos* ao procedimento *ordinário*. Não está, pois, na redução dos atos e termos do procedimento a característica dos processos especiais. Se algum elemento comum pode ser assinalado nos procedimentos especiais, esse está na tônica dominante de serem eles regulados segundo as características próprias da *lide* e as exigências das pretensões nela, precipuamente, contidas. Porque o

---

<sup>249</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual (sexta série)*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-18.

conflito de interesses a que servem apresenta particularidades que escapam ao alcance de um tratamento processual comum, os procedimentos especiais diferem dos comuns – seja os ordinários, seja os sumários, seja os sumaríssimos – para se ajustarem às exigências próprias das relações que neles se deduzem, tornando mais aparente a relação *direito-processo*.<sup>250</sup>

Denota-se, pois, intenso destaque à natureza do direito material como distinguido elemento fundante de especializados procedimentos. Não se deve olvidar, entretanto, de que outras técnicas, também vinculadas ao propósito da tutela diferenciada, encontram seu *Leitmotiv* em fatores que não se prendem necessariamente ao bem jurídico sob controvérsia. Basta, neste ponto, atender ao fenômeno dos provimentos de urgência, há pouco referenciados e que encontram preponderante justificativa nos males decorrentes da demora para a entrega e fruição das prestações ordinariamente deferidas em tutela final. Ditas técnicas antecipatórias, aliás, vêm experimentando notável aprimoramento, como se constata dos termos da última reforma implementada pela Lei nº 10.444/02, trazendo a reboque, dentre outras novidades, a possível fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares (art. 273, § 7º do CPC), mecanismo que, na voz de respeitáveis doutrinadores, seria inclusive de mão dupla.<sup>251</sup>

A esta altura, pode-se afirmar que a razão primeira que levou o legislador a disponibilizar diferenciados procedimentos no Estatuto da Criança e do Adolescente, coincide com a especialíssima natureza dos direitos substanciais conferidos à infância e à juventude pela ordem constitucional, os quais, se desatendidos, deverão contar com eficiente amparo jurisdicional, em culto ao postulado da proteção integral.<sup>252</sup>

Há quase um século, preocupação dessa ordem já povoava as discussões dos estudiosos da causa menorista. Evaristo de Moraes, em vetusto escrito,

---

<sup>250</sup> NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 289.

<sup>251</sup> Neste sentido, cf. dentre outros doutrinadores: WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à segunda fase da reforma do código de processo civil: lei 10.352, de 26.12.2001, lei 10.358, de 27.12.2001 e lei 10.444, de 07.05.2002*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002, p. 58-66; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60-61.

<sup>252</sup> Esclarece Paula, que o ECA estimula a espontânea realização dos direitos das crianças e adolescentes “mediante a definição da política de atendimento e a criação de instrumentos de democracia participativa, como os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares. E, como último recurso, dispõe sobre o acesso à justiça, prescrevendo o conteúdo e a forma de validação compulsória dos direitos irrealizados” (PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Obra citada*, p. 84).

registra que, em Congresso Jurídico promovido pelo Instituto dos Advogados do Rio de Janeiro, no ano de 1922,

o professor Carvalho Mourão, presidente da secção de Direito Penal, no seu relatório geral, sustentou que uma lei de protecção á infância [...] deve compreender: [...] b) a criação de tribunaes especiaes para menores; c) normas processuaes distinctas, radicalmente, das do processo commum.<sup>253</sup> (grafia original)

Nítida, nessa quase centenária referência, a percepção que já se tinha, quanto à necessidade da legislação processual destinada aos menores contar com um perfil distinto da normativa processual geral, em vista, exatamente, das peculiares questões a eles relativas.

Remanescendo, ainda hoje, esse mesmo ideal, o legislador do ECA apreendeu a conveniência de ofertar, também no âmbito recursal, um modelo adequado às singularidades ínsitas ao superior interesse infanto-juvenil, estatuinto, como se verá, prioridades a serem devidamente consideradas pelas instâncias primária e de revisão.

Sobre o invulgar procedimento recursal desenhado na Lei nº 8.069/90, José Roberto dos Santos Bedaque assim se expressa:

Outro ponto a revelar a necessidade de adequação do processo ao direito material é exatamente a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação jurídica substancial a ser submetida à apreciação do órgão jurisdicional. Vários exemplos existem, podendo ser mencionado o Estatuto da Criança e do Adolescente. Não obstante tenha adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, contém várias modificações, como a redução de prazos, eliminação do preparo, preferência para julgamento e apenas efeito devolutivo ao recurso de apelação (Lei n. 8.069, de 13.7.1990, art. 198). Tudo isso se deve à natureza especial da relação material em análise. Pretende o legislador abreviar o tempo desses processos e facilitar o acesso ao segundo grau.<sup>254</sup>

Fixadas essas breves noções inerentes à tutela jurisdicional diferenciada, faz-se oportuno estimar alguns dados em torno da justiça especializada da infância e da juventude, como ponto de passagem para a apreciação dos ornamentos que distinguem o sistema recursal explicitado na vigente legislação infanto-juvenil.

<sup>253</sup> MORAES, Evaristo de. *Criminalidade da infância e da adolescência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 109-110.

<sup>254</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46-47.

## 8.5

### A especialização da jurisdição infanto-juvenil

O legislador estatutista, como se verifica no art. 145 da Lei nº 8.069/90,<sup>255</sup> previu a salutar criação de varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, em desenganado compromisso com o aprimoramento da qualidade dessa sensível linha de prestação jurisdicional. Indubitavelmente, tal diretriz guarda imediata afinidade com o postulado da prioridade absoluta, visto que não se completaria a prometida proteção integral aos interesses das crianças e adolescentes, sem a pronta oferta de serviços judiciários de qualidade. Registre-se, contudo, que o sobredito dispositivo legal limitou-se a incentivar a especialização dos juízos apenas em primeira instância, nada dispondo sobre idêntico propósito em relação aos tribunais, o que se espera seja espontaneamente observado pelas superiores instâncias.<sup>256</sup>

Nesse particular aspecto, cabe salientar que o ECA vai além da previsão contida na Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), que, em seu art. 40, 3, conclama os Estados-partes a promover o estabelecimento de autoridades específicas, apenas “para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido”. No Brasil, é da tradição legislativa, os juízos especializados atendem todas as demandas de interesse dos menores de dezoito anos e não apenas aquelas relativas a infrações penais.

No entanto, mesmo em face da restrição constante da apontada norma convencional, é perfeitamente perceptível que ela não está a dispensar a jurisdição privativa para outros campos de interesse, mas sim requisitando-a, ao menos, para a hipótese ligada a comportamentos juvenis colidentes com a lei penal.

---

<sup>255</sup> “Art. 145. Os Estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões.”

<sup>256</sup> O legislador menorista de 1979 procurou imprimir sentido de especialização nos tribunais, ao preconizar que a jurisdição de menores seria exercida, em segundo grau, pelo Conselho da Magistratura ou órgão judiciário equivalente (art. 84), embora tais Colegiados atuassem em caráter meramente administrativo, até porque de natureza administrativa eram os recursos previstos no Código.

Examinando a regra internacional sob ótica, embora reconhecendo destinar-se ao juízo de feito infracional, Daniel Hugo D'Antonio afirma nela existir uma inegável virtude, precisamente naquilo que reconhece “*dicha jurisdicción como uno de los derechos esenciales de la minoridad*”.<sup>257</sup>

A necessidade de especialização dos juízos é tema que constitui antiga aspiração. Evaristo de Moraes asseverava que,

entre os meios actualmente indicados para solução do árduo problema da preservação e da moralização compulsória da infância, avulta a instituição de *juizes ou tribunais especiaes*, utilizando-se de certas medidas e providencias peculiarmente adaptadas a cada caso, que se lhes offereça, e applicaveis não sómente aos menores como ás suas famílias.<sup>258</sup> (grafia original)

Foi por esse período, aliás, que espocavam os primeiros órgãos judiciários de atenção integral às pessoas de menor idade. Relata Francisco Pereira de Bulhões Carvalho que,

instituído em Chicago pela Lei de 21 de junho de 1899, passou esse Tribunal Especial para a Inglaterra em 1905, com a criação do Tribunal de Birmingham, seguido do *Children Act*, em 1908. Em 1911, foi adotado em Portugal pela lei de proteção à infância, na Bélgica e na França, em 1912, e no Brasil, em 1921.<sup>259</sup>

Após mencionar que o ordenamento italiano reconhece que, para uma adequada proteção e promoção dos direitos dos menores, é indispensável um órgão judiciário especializado, traz Alfredo Carlo Moro o seguinte informe histórico: “*Uno studio della Società delle Nazioni del 1931 riconosceva che in quell'anno già trenta paesi avevano organi giudiziari specializzati per i minori*”.<sup>260</sup>

Na especializada legislação brasileira, desde o primeiro Código de Menores de 1927 (arts. 147 a 156), passando pelo seu sucessor, o Código de 1979 (arts. 84, 85 e 121), não se pode negar, o legislador sempre cuidou de bem definir

<sup>257</sup> D'ANTONIO, Daniel Hugo. Obra citada, p. 367.

<sup>258</sup> MORAES, Evaristo de. *Criminalidade da infância e da adolescência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, p. 163.

<sup>259</sup> CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Direito do menor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 2-3.

<sup>260</sup> MORO, Alfredo Carlo. *Manuale di diritto minorile*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2000, p. 86. “Um estudo da Sociedade das Nações de 1931 reconhecia que naquele ano trinta países já tinham órgãos judiciários especializados para menores.” (tradução livre)

as condições e as atribuições dos juizados. Entretanto, sua valorização estrutural nunca esteve à altura dos relevantes encargos que traz aos ombros.

Por isso, a otimização de uma regra como a do art. 145 do ECA, pode significar um decisivo salto de qualidade na prestação do serviço jurisdicional. Nesse rumo, indispensável se faz eliminar a arcaica praxe, que procurava minimizar a importância institucional e social da justiça juvenil, o que se percebia, dentre outros aspectos, pelo fato de que os antigos juizados de menores, de ordinário, integravam, nas varas do foro judicial, a oculta e lacônica categoria dos “anexos” (p. ex., varas de família e anexos, criminal e anexos etc., embutidos, nestes ‘anexos’, os afazeres inerentes aos juizados de menores). As capitais dos Estados, quando muito, é que contavam com privativos juizados de menores.

Tal como verbera Paulo Afonso Garrido de Paula, é inadmissível que os feitos referentes à infância e à juventude

sejam tratados como apêndices, anexos do acervo de processos em tramitação, que se revistam do mesmo valor das demais lides civis, que integrem o grupo dos demoráveis feitos que caracterizam a crise na distribuição da justiça.<sup>261</sup>

Numa radiografia institucional, o magistrado Ademir de Carvalho Benedito, ainda ao tempo em que vigorava o Código de 1979, dera a seguinte dimensão ao fenômeno:

Talvez pela própria denominação que foi dada ao setor, dentro do Poder Judiciário, ‘Vara de Menores’, tem-se a impressão que a atuação do órgão é restrita aos menores e, ainda assim, aos que apresentam problemas comportamentais que *incomodam os adultos*. Conseqüência direta de tal visão é o fato de serem, os Juizes de Menores e as Varas de Menores, considerados de importância secundária dentro da estrutura judiciária brasileira.<sup>262</sup>

Em verdade, num corte histórico que se faça sobre o tema, vai se perceber que o direito do menor, hoje da infância e da juventude, quase sempre foi visto como uma subcategoria da ciência jurídica, daí o conseqüente desprezo a ele imposto por algumas instâncias acadêmicas e de Poder. Mesmo sua inclusão nas grades curriculares das faculdades de direito sempre encontrou resistências.

<sup>261</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Obra citada, p. 89.

<sup>262</sup> BENEDITO, Ademir de Carvalho. Obra citada, p. 179.

Louvável, por tudo isso, a preocupação do legislador em prescrever a especialização sob enfoque, cuja efetiva implementação haverá de ocorrer progressivamente e conforme critérios de densidade populacional, consoante acena o referido art. 145 do ECA, alcançando-se, primeiramente, comarcas sediadas em grandes centros urbanos, fora do eixo das capitais, que, de regra, já contam com juízos especializados.

Medidas como essa tenderão a desencadear uma proveitosa cultura jurídica em torno das temáticas infanto-juvenis, sendo lícito esperar que, apenas magistrados e promotores comprometidos com tão sensível área, disponham-se a concorrer ao provimento desses relevantes postos funcionais. Por esse caminho, estará o Estado adimplindo sua obrigação de permanentemente priorizar o atendimento das fundamentais necessidades de crianças e de adolescentes, sob o enfoque do qualitativo acesso à justiça.

## 9

# AS ADAPTAÇÕES RECURSAIS NO ECA

### 9.1

#### Os Códigos anteriores

Para antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, como já visto, dois foram os Códigos que dispuseram sobre os interesses dos menores de dezoito anos: o de 1927 (Mello Mattos) e o de 1979. Num e noutro diplomas, o primado do duplo grau de jurisdição recebeu prestígio.

O Código de 1927, em sua Parte Especial, reservou o capítulo II (arts. 157 a 188) para a disciplina dos seguintes procedimentos: verificação do estado de abandono de menores; suspensão ou perda de pátrio poder; destituição de tutela; reintegração do pátrio poder; entrega de menor internado; cobrança de pensão alimentícia; cobrança de multas e despesas; quebramento de fiança e, por fim, apuração de infração penal atribuída a menor. Como peculiaridade, a cada um deles seguia-se a indicação do recurso cabível, quase sempre apelação e só no efeito devolutivo, para o Conselho Supremo da Corte de Apelação (arts. 161, § 3º, 165, 166, § 2º, 182 e 184). Como ressalvas, as hipóteses de recusa de entrega de menor, em que se utilizava o agravo (art. 164, § 2º), e de despacho que declarava perdida a quantia afiançada, do qual cabia recurso inominado (art. 167, § 4º). Nota-se, então, que as sentenças judiciais eram dotadas de pronta exequibilidade, nada disciplinando o Código acerca do efeito suspensivo.

No tocante à tramitação dos recursos, transcreve-se a seguir a regra de regência do Código de 1927:

Art. 186. Os julgamentos dos recursos das decisões do juiz de menores serão feitos de acordo com os regulamentos da Corte de Apelação.

§ 1º As partes arzoarão na instância inferior.

§ 2º O juiz remetterá os autos a superior instância, justificando succintamente a decisão recorrida.

§ 3º O prazo para a remessa dos recursos de apelação será de 30 dias, cabendo cinco dias a cada uma das partes para arrazoar e cinco dias ao juiz para justificar a sentença. (grafia original)

Como ponto marcante, percebe-se que o Código Mello Mattos, excluída a impugnação ao despacho que declarasse perdido o valor de fiança, não acenava com a possibilidade do uso de agravo contra decisões intermediárias, possivelmente para evitar delongas. Digno de menção, também, o fato de que o juiz, embora não detivesse o poder de retratação, estava obrigado a justificar a decisão recorrida, antes de remetê-la à corte de revisão.

Avançando até o Código de Menores de 1979, observa-se que nele se reservou exclusivo e concentrado espaço (título III da Parte Especial), com três artigos, para disciplinar a temática recursal, que se resumia ao ofertamento de dois únicos recursos: 1º) recurso administrativo, sem efeito suspensivo, utilizável para impugnar portarias ou provimentos administrativo-judiciais; para combater decisões relativas a medidas de vigilância; e para atacar decisões impositivas de penalidades, por cometimento de infração administrativa (art. 115, I e II); 2º) recurso mediante instrumento, oponível contra decisões proferidas nos procedimentos de verificação da situação irregular de menor, e que não se confundia com o agravo de instrumento.

Tanto o recurso por instrumento quanto o administrativo eram exercitáveis no prazo de dez dias e independentemente de preparo (art. 3º). O de forma instrumental exigia do juiz a expedição de decisão de manutenção ou de reforma da decisão recorrida (art. 116, § 2º), contando, ambos, com explícita regra garantidora de preferência de julgamento e dispensa de revisor nos tribunais (art. 117). Em segundo grau, a competência era afeta ao Conselho da Magistratura ou órgão equivalente (art. 84), o que resultava do caráter administrativo atribuído a esses recursos.

Em conta de pontos polêmicos, assomavam as circunstâncias de o legislador de 1979 não ter previsto os recursos de apelação nem de agravo de instrumento, bem como ter omitido qualquer referência às sentenças dadas em procedimentos de adoção e de destituição do pátrio poder, o que gerava muitas dissensões na jurisprudência, sobre saber se seria utilizável a apelação ou o

recurso administrativo. À época, em crítico estudo a esse respeito, Ana Lúcia Mutti de Oliveira Sanseverino posicionara-se em favor do uso da apelação.<sup>263</sup>

Algumas das características destacadas nos Códigos de 1924 e 1979, porque se revelaram de boa eficiência e acordes com os interesses de crianças e de jovens, como adiante perceber-se-á, continuam tendo guarida na Lei nº 8.069/90, instituidora do ECA, delimitando-se, a seguir, o campo de incidência de seu modelo recursal

## 9.2

### Campo de incidência

Estabelece o *caput* do art. 198 do Estatuto: “nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores.”

De plano, percebe-se a intenção do legislador em fazer com que o sistema concebido alcance, apenas e tão somente, as decisões proferidas no exercício das funções afetas aos juizados da infância e da juventude, ainda que fora de varas especializadas e mesmo em comarcas de vara única. Gravada a original decisão recorrida pela atuação do juízo especializado, todos os recursos que sobrevenham nessa linha causal estarão atrelados ao sistema do ECA.

Assim pensa Moacir Rodrigues, para quem os recursos disponibilizados pelo reservado sistema do ECA prestar-se-ão “para a impugnação de provimentos prolatados pelos Juizes da Infância e da Juventude ou pelos juizes que exercerem essa função (competência) na forma das Organizações Judiciárias das Unidades da Federação”.<sup>264</sup> Igualmente, lembra Sérgio Shimura “que o art. 198, ECA, alude

---

<sup>263</sup> SANSEVERINO, Ana Lúcia Mutti de Oliveira. Recursos no Código de Menores. In: CURY, Munir (coord.). *Temas de direito do menor*. São Paulo: RT, 1987, p. 77-78.

<sup>264</sup> RODRIGUES, Moacir. Comentários aos arts. 198 e 199. In: SIQUEIRA, Liborni (coord.). *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 211.

aos procedimentos que têm curso perante a Justiça da Infância e da Juventude”.<sup>265</sup> Não é diferente o entendimento de Nelson Nery Júnior, ao afirmar que o sistema recursal do Código de Processo Civil “aplica-se inteiramente aos procedimentos e processos da competência da Justiça da Infância e da Juventude, exceto no que estiver regulado no Estatuto de forma incompatível com o Código”, prevalecendo, neste caso, “a disposição especial do Estatuto sobre o geral do Código Processual”.<sup>266</sup>

Em outros termos, a tão-só presença de criança ou adolescente em um dos pólos da lide não constituirá fator determinante para a incidência do regime recursal próprio do ECA. O critério não poderá ser o puramente subjetivo. Em termos práticos, um adolescente que esteja, porque proprietário-locador, a figurar no pólo ativo de uma ação de despejo, não fará jus, só por sua menor idade, aos diferenciais da liturgia recursiva do ECA, visto que a mencionada pretensão de direito material não se inscreve no campo de tutela da Lei nº 8.069/90. Por isso, pela mesma razão, não se forjará, em relação à exemplificada demanda, o pressuposto da competência do juízo especializado da infanto-adolescência.

Nessa linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já teve ensejo de assim decidir: “a ação de indenização por dano a criança ou adolescente, fundada no direito civil, rege-se pelo Código Civil, e não pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo a autora efetuar o preparo do seu recurso”.<sup>267</sup>

Importante observar que o modelo recursal civil, tal como incorporado pelo ECA, alcança inclusive as decisões proferidas nas ações sócio-educativas públicas,<sup>268</sup> ou seja, aquelas editadas nos procedimentos para apuração de ato infracional atribuído a adolescente. Todavia, nos tribunais, o julgamento dos

---

<sup>265</sup> SHIMURA, Sérgio. O regime recursal no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ; NERY JR., Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, p. 547.

<sup>266</sup> NERY JR., Nelson. Comentários aos arts. 198 e 199. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 6. ed. rev. e atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 629.

<sup>267</sup> STJ, 4ª T., REsp. nº 173.883/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, dec. unânime, DJU de 26.04.1999, p. 108.

<sup>268</sup> Procedimento disciplinado entre os arts. 171 e 190 do ECA.

recursos daí decorrentes, como regra, acaba sendo afetado aos órgãos fracionários incumbidos do julgamento de matérias criminais em geral.<sup>269</sup>

### 9.3

#### Pressupostos recursais

Numa concepção principiológica, o exercício da atividade recursal encontra fundamento no postulado do duplo grau de jurisdição, segundo o qual a parte sucumbente pode pleitear a revisão da decisão desfavorável por uma instância, em regra, hierarquicamente superior. Nessa perspectiva, Moacyr Amaral Santos conceitua o recurso como sendo “o poder de provocar o reexame de uma decisão, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter sua reforma ou modificação”.<sup>270</sup>

Posto que algumas das adaptações dispostas no art. 198 da Lei nº 8.069/90 dizem de perto com os pressupostos recursais, convém alinhar alguns detalhes a seu respeito. Todo e qualquer recurso obedece a um procedimento bifásico, composto dos chamados juízos de admissibilidade e de mérito. Estes dois momentos poderão, ou não, ser percorridos em sua inteireza, visto que ao juízo de mérito só se chegará se resultarem satisfeitas as exigências concernentes ao juízo de admissibilidade. Este, portanto, condiciona àquele.

---

<sup>269</sup> No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por força da Resolução nº 04/2003, que alterou seu Regimento Interno, em vigor desde 1º de agosto de 2003, a competência para o julgamento de recursos em matéria infracional concernente ao ECA é das Câmaras Criminais (art. 90 do RITJPR), tocando às Câmaras integrantes do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis o julgamento dos recursos relativos às demais matérias do mesmo Estatuto (art. 88, IV, ‘b’ do RITJ/PR). Em nível de Superior Tribunal de Justiça, embora seu Regimento Interno não faça expressa alusão ao ECA, a praxe demonstra que os *Habeas Corpus* e os recursos especiais atinentes a atos infracionais de adolescentes são apreciados pelas 5ª e 6ª Turmas, pertencentes à Segunda Seção, a que cabe processar e julgar os feitos relativos a matéria penal em geral (art. 9º, § 3º, I do RISTJ). Quanto ao Supremo Tribunal Federal, não há espaço para maiores indagações, porquanto qualquer de suas duas únicas Turmas está habilitada a conhecer e julgar, em recurso extraordinário, todo tipo de matéria, aí incluída, obviamente, aquela relativa a ato infracional atribuído a adolescente (note-se que o art. 9º do RISTF, que disciplinava a competência das duas Turmas, ainda não foi adaptado aos moldes da Constituição Federal de 1988).

<sup>270</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. vol. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 76.

O juízo de mérito coincide com a efetiva apreciação da tese apresentada pelo recorrente, de que resultará o provimento, o desprovimento ou o parcial provimento do recurso. Mas para que a tanto possa chegar o órgão judicial responsável por seu julgamento, é preciso que, precedentemente, tenha proferido um juízo de admissibilidade positivo em relação ao recurso, vale dizer, tenha afirmado estarem presentes os denominados pressupostos recursais, por esse modo conhecendo do recurso. Ausente, porém, qualquer destes pressupostos ou requisitos, proferir-se-á um juízo de admissibilidade negativo e o recurso resultará não conhecido, exonerando-se o órgão judiciário de promover a incursão no juízo de mérito.

Importa, pois, saber quais são os pressupostos recursais informadores do juízo de admissibilidade. De conformidade com autorizada doutrina,<sup>271</sup> apontam-se os seguintes: cabimento, legitimação para recorrer, interesse recursal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, tempestividade, regularidade formal e preparo, os quais integram os chamados requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos, a serem observados em qualquer espécie recursal. Para além destes, fala-se também nos pressupostos ou requisitos específicos, cujo atendimento é cumulativamente reclamado quando da interposição de recursos de natureza extraordinária (recursos especial, extraordinário e de embargos de divergência), podendo-se, dentre outros, mencionar as exigências de prequestionamento nos recursos especial e extraordinário (Súmulas 282 e 356 do STF), de realização de cotejo analítico no recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial (art. 541, parágrafo único do CPC); e indicação do permissivo constitucional em que fundado o recurso extraordinário (art. 321 do RISTF).

---

<sup>271</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997, p. 237; PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. v. 1, 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 180-185.

## 9.4

### Desnecessidade de preparo

Dentre os requisitos genéricos de admissibilidade recursal, inscreve-se o referente ao preparo, que reclama o prévio pagamento de custas e, quando necessário, do porte de remessa e retorno (art. 511 do CPC), ressalvadas, no § 1º do mesmo artigo, as dispensas alusivas ao Ministério Público, União, Estados, Municípios e outras situações de isenção legal. Em legislação esparsa, o recorrente beneficiário da gratuidade da justiça não está obrigado ao preparo (Lei nº 1.060/50, art. 9º).

Pois bem, inaugurando as anunciadas adaptações, reza o inciso I do art. 198 do ECA: “os recursos serão interpostos independentemente de preparo”, o que afasta a possibilidade de seu não conhecimento pela deserção.

Por certo que, com a dispensa de tal requisito, objetiva-se desembaraçar o acesso às instâncias recursais, facilitando ao máximo a possibilidade de revisão das decisões impugnáveis. Sabidamente, o custo financeiro das demandas age como forte elemento inibidor de ingresso no habitáculo jurisdicional,<sup>272</sup> em que, como regra, impõe-se a antecipação do pagamento das despesas concernentes aos atos do processo, tanto nas instâncias originárias como nas recursais.<sup>273</sup> Logo, não se cumpriria o primado da proteção integral se os interesses de crianças e adolescentes, catalogados na Lei nº 8.069/90, tivessem sua apreciação coartada em juízo por motivos de ordem meramente econômica.<sup>274</sup>

O dispositivo em exame, ressalte-se, guarda inteira consonância com o disposto no art. 141, § 2º do ECA, onde se diz: “as ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos,

---

<sup>272</sup> Diz Nery Jr. em comentários aos arts. 198 e 199 que, “como manifestação prática da garantia do acesso à Justiça, o Estatuto isenta de custas e emolumentos as ações e procedimentos ajuizados com base nele” (NERY JÚNIOR, Nelson. Obra citada, p. 630).

<sup>273</sup> Conforme dispõem os arts. 19 e 511 do CPC.

<sup>274</sup> Com esta mesma percepção, Shimura afirma que a referida dispensa de preparo vai “na mesma esteira do princípio maior que embasa a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente” (SHIMURA, Sérgio. In: NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Obra citada, p. 549).

ressalvada a hipótese de litigância de má-fé”.<sup>275</sup> Registre-se, neste passo, que também o revogado Código de Menores de 1979 continha regra (art. 3º) assegurando a gratuidade dos atos judiciais, o que, por igual, implicava a desnecessidade de preparo dos recursos nele previstos (administrativo e de instrumento).

## 9.5

### Prazos recursais

Outro importante pressuposto de admissibilidade recursal, a tempestividade, também sofreu ajustes de parte do legislador do ECA, que assim dispôs o inciso II do art. 198: “em todos os recursos, salvo o de agravo de instrumento e de embargos de declaração, o prazo para interpor e para responder será sempre de dez dias”.

A regra, como composta, vai ao encontro da celeridade na entrega da prestação recursal. Como visto ao longo deste trabalho, o acesso à justiça aparece solenemente consagrado como um dos direitos humanos de que se ocupam diversos pactos universais e regionais. Entretanto, é bem de ver que tais documentos vão além, no sentido de que colimam a obtenção de provimentos judiciais sem dilações indevidas, do que são candentes exemplos os arts. 8º e 25 do Pacto de San José da Costa Rica (OEA/1969). A exigência se agrava quando em mesa interesses da infância e da adolescência e, mais ainda, quando presente situação de privação de liberdade, como deixam antever os arts. 37, ‘d’ e 40, 2, ‘b’, III da Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989).

Estima-se, com razão, que o elemento temporal assume diferente dimensão no arco da vida das crianças e dos jovens. O adolescente que tenha praticado uma infração penal aos treze anos de idade, certamente terá grandes dificuldades para internalizar a validade e os benefícios de uma sentença ou acórdão que lhe imponha uma medida sócio-educativa quando conte já com dezessete anos. A

---

<sup>275</sup> As hipóteses de litigância de má-fé e suas conseqüentes penalidades estão registradas nos arts. 17 e 18 do CPC.

longevidade na discussão judicial em torno da colocação em família substituta, poderá levar a que uma criança sofra irreversíveis abalos de ordem emocional. Enfim, a prioridade que se impõe em todas as frentes de interesse da infância e da adolescência solicita soluções marcadas pela inarredável velocidade.<sup>276</sup> Paulo Afonso Garrido de Paula entrevê que “a tutela intempestiva importa desconsiderar a condição peculiar de pessoa em processo de desenvolvimento, levando, quando da proteção fora do tempo próprio, à inocuidade ou redução de sua eficácia”.<sup>277</sup>

Dáí que, neste *iter*, a circulação do processo pelas cercanias recursais não deve obstaculizar o justo anseio por um rápido desfecho da causa. Tendo em mira tal preocupação, cuidou o legislador do ECA, como regra de partida, de promover a coletiva redução dos prazos para a interposição e a resposta aos recursos. Se o Código de Processo Civil toma por regra geral o tempo de quinze dias para o aforamento e o revide do inconformismo (art. 508), no Estatuto este prazo é diminuído para dez dias.

Poder-se-ia argumentar que a poda de um simples quinquídio de pouco ou nada valeria para a almejada brevidade. A impressão é falsa. De imediato, os cinco dias a menor transformam-se em dez (somando-se a redução do período concedido à resposta), ou em quinze, sempre que o Ministério Público atue na condição de *custos legis* e, por isso, necessariamente se manifeste quanto ao recurso interposto. Agregue-se a esta economia a simplificação (ainda não examinada) resultante da dispensa de revisor e da preferência de seu julgamento, e chegar-se-á a um corte temporal que dificilmente será inferior a trinta dias.

De se convir que o tempo de um mês na vida de uma criança, ou mesmo na de um adolescente, representa, proporcionalmente à sua idade, um ganho bastante significativo. Tão significativo como, simetricamente falando, será para um idoso, que possa ter seu recurso julgado um mês antes do tempo usualmente gasto nos trâmites perante as instâncias de revisão. Dáí porque, também em relação aos maiores de sessenta anos, justifica-se plenamente a preferência ditada em lei para o julgamento, em sentido *lato*, de suas demandas (art. 71 da Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso).

---

<sup>276</sup> Alfredo Carlo Moro, dentre outros princípios que devem orientar os procedimentos judiciais de interesse de menores, aponta: “*Il processo minorile deve essere di necessità um processo rapido*”. (“O processo menorista deve ser necessariamente um *processo rápido*”) (tradução livre) (MORO, Alfredo Carlo. Obra citada, p. 101).

<sup>277</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Obra citada, p. 130, conclusão 72.

### 9.5.1

#### **Prazos no agravo de instrumento e nos embargos de declaração**

Retomando os dizeres do transcrito art. 198, II do ECA, vê-se que foram excluídos do regime de dez dias apenas os recursos de agravo de instrumento e de embargos de declaração, deixando-se implícita a idéia de que os prazos para a interposição destes dois últimos seriam aqueles indicados no CPC ao tempo da aprovação do Estatuto (outubro de 1990), ou seja, cinco dias para os agravos de instrumento e o retido (arts. 522 e 523), quarenta e oito horas para os embargos de declaração opostos contra decisões de primeiro grau (art. 465) e cinco dias em face de acórdãos (art. 536).

De lembrar que, por essa época, o agravo na forma instrumental era processado na primeira instância, sendo remetido ao nível *ad quem* sempre que o magistrado de origem não se retratasse. A mesma mecânica foi copiada pela Lei nº 8.069/90, como se pode conferir nos incisos IV, V, VII e VIII do art. 198. Cinco anos à frente, por força da Lei nº 9.139/95, o agravo de instrumento sofreu radical cirurgia, passando, daí em diante e em linhas gerais, a ser deduzido diretamente no tribunal competente para o seu conhecimento, incumbindo ao agravante o ônus de formar o respectivo traslado, mas, para esta nova versão, dispondo de dez dias para o protocolamento da súplica.

Diante desse novo quadro, pôs-se a questão de saber se o Estatuto teria, ou não, recepcionado o novo modelo implantado pela Lei nº 9.139/95. Feita a opção em favor deste último modelo, a consequência lógica seria a de se ter por totalmente revogados os incisos IV e V do art. 198 do ECA, e parcialmente revogados seus incisos II, VII e VIII, já que, processando-se a instrumental insurgência exclusivamente na segunda instância, cairiam no vazio os conteúdos dos referidos incisos, naquilo que disciplinavam o trâmite do instrumento em primeiro grau.

Prevaleceu, de logo, o entendimento de que sucumbiram as regras estatutárias que vinham disciplinando o agravo de instrumento, não mais se operando sua interposição e processamento em primeira instância. Os tribunais não ofereceram resistência à inovação. Observe-se que a legitimidade no acolhimento da nova roupagem do agravo pelo ECA encontra respaldo na dicção do *caput* de seu art. 198, no que adverte que o sistema recursal adotado é aquele

inscrito no Código Buzaid “e suas alterações posteriores”. Assim dizendo, é de se admitir que o ECA conferiu um cheque em branco ao legislador que venha a implementar reformas no sistema recursal do CPC, pois que estas haverão de repercutir no sistema do Estatuto.

Não se pode, de qualquer modo, deduzir que o modificado agravo instrumental do CPC seja prejudicial aos interesses da infante-adolescência. Ao revés, na perspectiva de soluções urgentes e prioritárias, é bem-vinda a possibilidade de se poder estancar as conseqüências de inadequadas decisões interlocutórias mediante a expedita concessão de efeito suspensivo, inclusive ativo, pelos relatores (art. 527, III do CPC, já com as alterações trazidas pela Lei nº 10.352/01). Paralelamente a isso, o juízo *a quo* não perde a possibilidade, assim entendendo, de retratar-se total ou parcialmente (art. 529 do CPC), também contribuindo para a rápida solução do impasse recursal. Por todos os ângulos, esta parece a solução que mais consulta aos interesses de crianças e adolescentes.

Quanto ao agravo retido, diga-se, continua a ser deduzido perante o juízo singular, observado o novo prazo de interposição de dez dias, podendo, também aqui, haver retratação de parte do juízo da infância (art. 198 do ECA c/c art. 523 do CPC).

Na especializada doutrina, contudo, não há uniformidade de entendimento.<sup>278</sup> Cury, Garrido e Marçura compreendem que os incisos do art. 198 do ECA, que disciplinam o procedimento do agravo de instrumento em primeiro grau, quedaram prejudicados em razão da superveniência da prefalada Lei nº 9.139/95.<sup>279</sup> Idêntica é a posição assumida por Sérgio Shimura.<sup>280</sup>

Roberto João Elias, em sentido oposto, embora admitindo que em face da nova roupagem do agravo de instrumento no CPC seu prazo resultou majorado para dez dias, não mais prevalecendo a exceção gizada no art. 198, II do ECA, aceita que continua a prevalecer seu processamento perante o juízo da infância em primeiro grau, vale dizer, tem por vigentes os incisos IV, V, VII e VIII desse

---

<sup>278</sup> Deixa-se, nesta específica questão, de considerar a sempre valiosa opinião de Nelson Nery Júnior, visto que em sua obra antes citada (*Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*), embora cuidando-se de edição de 2003, as considerações por ele feitas mostram-se nitidamente desatualizadas, tanto que ainda se refere ao agravo de instrumento no CPC com prazo de cinco dias para a interposição. Aguarda-se a necessária atualização.

<sup>279</sup> CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. São Paulo: RT, 2000, p. 179-181, *passim*.

<sup>280</sup> SHIMURA, Sérgio. Obra citada, p. 556.

mesmo artigo. De forma inusitada, porém, eis que ao arrepio do princípio da isonomia, continua o referido autor a admitir que “o agravado deverá oferecer resposta em cinco dias”.<sup>281</sup>

A se negar a possibilidade de que posteriores alterações do CPC possam afetar o regime recursal do ECA, poder-se-ia chegar a um tumultuado cenário, como, por exemplo, ter-se de admitir como ainda vigente a regra que fixava em quarenta e oito horas o prazo para a interposição de embargos de declaração em face de sentenças, quando sabidamente já revogado o art. 465 do CPC, que continha tal preceito (pela Lei nº 8.950/94, unificou-se em cinco dias o prazo dos declaratórios).

Trata-se, então, de reconhecer que as regras diferenciadoras do sistema recursal do ECA não podem permanecer engessadas, pois não constituem um fim em si mesmas, senão uma ponte para preservar o postulado da integral proteção dos seus sujeitos destinatários, que são as crianças e os adolescentes que delas necessitam para a proteção de seus direitos. Pode parecer contraditório sustentar-se, nesta altura, a procedência do aumento de qualquer prazo recursal, quando se vem falando contra indevidas dilações. Entretanto, o que precisa ficar claro é que o inciso II do art. 198 do ECA em nenhum instante chegou a fixar (ele é mesmo silente) quais seriam os prazos concernentes aos embargos de declaração e ao agravo de instrumento (e retido), deixando-os, antes, atrelados ao que preveja o CPC “e suas alterações posteriores”, não se acreditando tenha sido o propósito do legislador estatutista confinar essas tais ‘alterações posteriores’ unicamente até a data de 13 de julho de 1990, quando se aprovou o Estatuto da Criança e do Adolescente.

### 9.5.2

#### **Prazos nos demais agravos**

Neste ponto, impende considerar que, ao tempo da edição do ECA, em 1990, inexistia a plêiade de agravos internos atualmente localizáveis no Código de Processo Civil (arts. 120, parágrafo único, 527, II, 532, 545 e 557, § 1º), mas tão

---

<sup>281</sup> ELIAS, Roberto João. Obra citada, p. 232.

somente o chamado recurso inominado, interponível em quarenta e oito horas, contra decisão de relator que liminarmente indeferisse embargos infringentes (cf. antiga redação do art. 532, §§ 1º e 2º do CPC).<sup>282</sup> Imagina-se, então, que a atenção do legislador estatutista, ao generalizar o prazo recursal para dez dias, estava voltada apenas para o rol contido no art. 496 do CPC, que sequer albergava o referido recurso inominado, devendo-se, por isso, compreender que seu diminuto prazo de quarenta e oito horas era, na prática, o que deveria ser prestigiado, sob pena de, observando-se o lapso de dez dias (preconizado pelo art. 198, II do ECA), prejudicar-se o interesse das crianças e dos adolescentes. O propósito desse artigo foi o de reduzir os prazos mais longos, e não o de alongar os mais reduzidos.

Seguindo esse raciocínio, é lícito concluir que os agravos internos hoje existentes, destinados a combater decisões monocráticas de relatores, deverão ser interpostos dentro dos cinco dias que lhes são próprios, e não dos dez dias genericamente fixados pelo multicitado art. 198.<sup>283</sup>

Ultimando este tópico, cumpre observar que, quanto ao agravo de instrumento endereçável ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, visando ao destrancamento de recurso extraordinário ou especial, que tenham sido inadmitidos por presidentes de tribunais inferiores, sua disciplina é ditada pelo art. 544 do Código de Processo Civil, que fixa em dez dias o prazo para sua interposição, não havendo, no art. 198, II do ECA, qualquer peculiaridade que desabone o atendimento a esse decêndio.

---

<sup>282</sup> Lia-se em tal dispositivo: “Art. 532. Se não for caso de embargos, o relator os indeferirá de plano. Deste despacho caberá recurso para o órgão competente para o julgamento dos embargos. § 1º O recurso poderá ser interposto dentro em 48 (quarenta e oito) horas, contadas da publicação do despacho no órgão oficial. § 2º O relator porá o recurso em mesa para julgamento, na primeira sessão seguinte, não participando da votação.”

### 9.5.3

#### Prazos nos recursos para o STJ e STF

Importante questão, por igual, está em se definir os prazos quanto aos recursos direcionáveis ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, notadamente em relação aos recursos extraordinário, especial e de embargos de divergência, que, pela ordem do Código de Processo Civil, vão fixados em quinze dias (art. 508).<sup>284</sup> Vez mais, tem-se que, também em relação a essas espécies, deve imperar o prazo de dez dias, ou seja, aquele comumente indicado pelo art. 198, II do ECA.

Nesta oportunidade, acresce lembrar que os recursos ora considerados, ao menos no plano cível, por cerca de quatro anos tiveram sua disciplina estabelecida em legislação extravagante, mais precisamente pela Lei nº 8.038/90,<sup>285</sup> tendo sido, todos eles, finalmente incorporados ao Código de Processo Civil com o advento da Lei nº 8.950/94. Presentemente, portanto, integram a legislação processual civil comum, por isso, não tendo sido excepcionados pelo art. 198, II do Estatuto, também seus prazos de interposição caem para dez dias.

Realmente, a circunstância de um processo iniciado no juízo da infância e da juventude encontrar-se, efemeramente, sob a regência de uma superior instância (ainda que STJ ou STF), não pode tolher a eficácia do diferenciado regime recursal do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevalece em face das disposições comuns do CPC. Pensamento outro importaria admitir que, nas cortes de maior calado, pudesse a doutrina da proteção integral quedar relegada a segundo plano. Antes e em contrário, é de se ter por claro que o art. 227 da

---

<sup>283</sup> Concordando em que o agravo interno deve ser deduzido em cinco dias, nas hipóteses dos arts. 532, 545 e 557 do CPC (SHIMURA, Sérgio. *Obra citada*, p. 549-550).

<sup>284</sup> Exclui-se desse questionamento o recurso ordinário constitucional (arts. 102, II e 105, II da CF), visto que oponível contra decisões originariamente dadas por tribunais, ou seja, órgãos colegiados sem atribuição para atuar, de forma especializada, na área da infância e da juventude. O sistema recursal do ECA, como anteriormente mencionado, toma por ponto de partida decisões que, ao menos num primeiro instante, tenham sido proferidas por juízos investidos de atribuição específica na área infanto-juvenil, cuja condição, daí por diante, acompanhará o desdobramento dos subseqüentes recursos, até perante o STJ e STF, na conformidade do que preceitua o art. 198, II. Sustentando, porém, a incidência deste dispositivo em relação ao recurso ordinário constitucional (CURY, GARRIDO; MARÇURA. *Obra citada*, p. 178, nota 7; RODRIGUES, Moacir. *Obra citada*, p. 212).

<sup>285</sup> Necessário lembrar que essa chamada Lei Federal dos Recursos (8.038/90) ainda vigora na esfera criminal.

Constituição Federal e o art. 1º da Lei nº 8.069/90, em sua concertada inteligência, exigem que os parâmetros operativos da proteção integral, também no plano jurisdicional, tenham incidência da primeira até a última possível instância de revisão. Por este ver, a cartilha da proteção integral se impõe de forma indeclinável e, na hipótese sob trato, no desenganado afã da obtenção de provimentos judiciais tempestivos.

Com idêntico raciocínio, tendo por suposta a não mais vigência da Lei nº 8.038/90, compreende Sérgio Shimura que, “na medida em que a Lei 8.950/94 revigorou os arts. 539 e ss., CPC, que tratam de tais recursos, os mesmos passaram a receber o tratamento comum do CPC, que, pela generalidade de suas disposições, devem ser devidamente ajustados ao sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente”.<sup>286</sup> Também sustentando a prevalência da norma estatutária, podem ser mencionados Cury, Garrido e Marçura, em sua obra conjunta,<sup>287</sup> bem como Roberto João Elias.<sup>288</sup>

Nada obstante, no espaço jurisprudencial, até pela falta de precedentes mais específicos sobre o tema, é de se crer que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal venham normalmente admitindo recursos especiais e extraordinários no prazo de quinze dias, como assinalado pelo CPC. Mesmo assim, o critério da especialidade tem sido decisivo para, em certas demandas, afastar-se o regime de prazos recursais do CPC.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tendo à frente matéria de naipe eleitoral, vem sistematicamente rejeitando recursos extraordinários no prazo maior do CPC (art. 508). Confira-se a seguinte ementa:

**MATÉRIA ELEITORAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRA ACÓRDÃO EMANADO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – PRAZO DE INTERPOSIÇÃO: TRÊS (3) DIAS – INTEMPESTIVIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO DEDUZIDO CONTRA A DECISÃO DO PRESIDENTE DO TSE QUE NÃO ADMITIU O APELO EXTREMO – INTEGRAL CORREÇÃO DESSE ATO DECISÓRIO – AGRAVO IMPROVIDO.**

Em matéria eleitoral, o prazo de interposição do recurso extraordinário é de três (3) dias. A norma legal que define esse prazo recursal (Lei nº 6.055/74, art. 12) – por qualificar-se como *lex specialis* – não foi derogada pelo art. 508 do CPC, na redação que lhe deu a Lei nº 8.950/94. Doutrina. Precedentes. – É

<sup>286</sup> SHIMURA, Sérgio. Obra citada, p. 551.

<sup>287</sup> CURY; GARRIDO; MARÇURA. Obra citada, p. 178, item 7.

<sup>288</sup> ELIAS, Roberto João. Obra citada, p. 231-232.

também de três (3) dias, consoante prescreve o Código Eleitoral (art. 282), o prazo de interposição do agravo de instrumento, cabível contra decisão da Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, que nega trânsito a recurso extraordinário deduzido contra acórdão emanado dessa alta Corte judiciária. Doutrina. Precedentes.<sup>289</sup>

Seguindo o mesmo pensamento, não se pode recusar a especialidade do sistema recursal do ECA frente ao modelo geral do CPC, daí se extraindo a consequência de que mesmo os recursos de estrito direito, no que derivados de provimentos surgidos em juízos da infância e da juventude, subordinam-se ao prazo declarado no art. 198, II daquele diploma especial.

#### 9.5.4

##### A regra do art. 188 do CPC

No contexto do diferenciado regime recursal da Lei nº 8.069/90, quando se está a perquirir sobre seus prazos, necessário que se traga à colação algumas ponderações acerca da aplicabilidade do benefício temporal indicado no art. 188 do CPC, segundo o qual computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público. Tal dispositivo tem atraído acirradas críticas, sob o argumento de que feriria o princípio da isonomia processual.

Especialmente em relação ao Ministério Público, tais censuras reclamam por uma melhor reflexão. De início, é imprescindível observar que, como ressaltado do texto do ECA, a presença do *Parquet* faz-se obrigatória em todos os processos e procedimentos que tramitam perante os juízos da infância e da juventude. Nos casos em que não estiver ocupando a qualidade de parte, seu representante obrigatoriamente oficiará como fiscal da lei (art. 202), para o que deverá ser pessoalmente intimado (art. 203), sob pena de absoluta nulidade do procedimento (art. 204). Essa capilar e indispensável atuação institucional bem sugere a dimensão quantitativa dos feitos em que intervêm os promotores de justiça, razão pela qual, impor-lhes a observância dos prazos recursais sem a dobra concedida no art. 188 do CPC, a par de lhes sobrecarregar a pauta das usuais tarefas, deporia,

---

<sup>289</sup> STF, 2ª T., AI 371.643 AgR/MG (Agravo regimental em agravo de instrumento), Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 11.10.2002, p. 37.

em última razão, contra os próprios interesses das crianças e dos adolescentes levados a juízo.

Armar o Ministério Público de prazo recursal mais dilatado, em se cuidando de causas afetas à infanto-adolescência, é valorizar o cânone alvitado no art. 127 da Constituição Federal, que, dentre outras relevantes missões, impõe à instituição ministerial aquela de velar por todos os interesses sociais e individuais indisponíveis, em que se inscrevem, com superior magnitude, os interesses de crianças e de adolescentes, tanto que merecedores de elevada distinção na mesma Carta Republicana (arts. 227 e 228).

Antes de se enxergar no art. 188 do CPC motivo de entrave e de prejudicial dilação cronológica, é preciso perceber que, por sua benesse, o Ministério Público estará melhor confortado para a defesa recursal dos interesses daqueles sujeitos legalmente incapazes. Tal percepção, é visível, não destoia do critério axiológico que inspira a doutrina da proteção integral.

Afora esse importante viés, a manutenção do art. 188 do CPC dentro do sistema recursal do ECA não encontra barreira legal. Com efeito, o rol das adaptações implantadas no art. 198 deve, por certo, receber interpretação restritiva, ou seja, naquilo em que não tenha desautorizado expressamente às demais regras do Código de Processo Civil, é de se compreender que terão plena incidência no âmbito dos recursos atinentes ao juízo da infância e da juventude. Nesta linha de pensar, também não se deverá, exemplificando, afastar a dobra de prazo recursal prevista no art. 191 do CPC (havendo litisconsortes defendidos por advogados diferentes) ou, ainda, aquela decorrente da Lei nº 1.060/50, art. 5º, § 5º (relativa aos defensores públicos de carreira).

Prestigiando sua aplicação, diz Nelson Nery Júnior que o art. 188 do CPC

é aplicável aos procedimentos do Estatuto, porque integram o ‘Sistema recursal’ do Código de Processo Civil. Isto porque expressamente se referem à interposição de recurso por aquelas entidades com a prerrogativa do prazo em dobro. Como o *caput* do artigo ora comentado [198 do ECA] fala na aplicação do ‘sistema’ recursal do Código de Processo Civil, entendemos incidir essa regra.<sup>290</sup>

Revedo anterior posicionamento, Cury, Garrido e Marçura passaram a entender aplicável “o disposto nos arts. 188 e 191 do CPC, ante a inexistência de

---

<sup>290</sup> Comentários aos arts. 198 e 199. NERY JR., Nelson. Obra citada, p. 629-630.

regra conflitante no ECA, e bem assim porque esses dispositivos legais integram o sistema recursal do CPC”.<sup>291</sup>

Finalizando, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, transcreve-se, a seguir, expressivo julgado em favor da aplicação do art. 188 do CPC nos recursos disciplinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Observe-se:

PROCESSO CIVIL. GUARDA DE MENOR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO EM DOBRO. PRERROGATIVA. ARTS. 188, CPC, E 198, II, ECA. RECURSO PROVIDO.

I – Na linha da jurisprudência desta Corte, o Ministério Público tem prazo em dobro para recorrer, seja nos casos em que atua como parte, seja naqueles em que oficia como fiscal da lei.

II – O art. 198, ECA, aplica-se somente na parte expressamente diversa do Código de Processo Civil, que continua a ser adotado no atinente à sistemática recursal, na qual se inclui a prerrogativa prevista no art. 188, CPC.<sup>292</sup>

## 9.6

### Preferência de julgamento e dispensa de revisor

Na forma do terceiro inciso do art. 198 do ECA, os recursos referentes aos procedimentos afetos à justiça da infância e da juventude “terão preferência de julgamento e dispensarão revisor”.

Com tal preceito, procurou o legislador imprimir sentido de brevidade ao andamento desses procedimentos nas instâncias colegiadas. A regra encontra eco na realidade das cortes recursais brasileiras, que, por não contarem com câmaras e turmas especializadas, têm a seu cargo não apenas a apreciação de recursos oriundos da infância e da juventude, mas também procedentes de outros diferentes juízos, impondo-se, então, a priorização em favor do julgamento dos feitos pertencentes àquela primeira categoria. Ao encontro da celeridade, fica dispensada a própria intervenção do revisor, que, embora útil, implica indesejável elastério temporal.

<sup>291</sup> CURY; GARRIDO; MARÇURA. Obra citada, p. 179, nota 8.

<sup>292</sup> STJ, 4ª T., REsp. 281.359/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 17.03.2003, p. 233.

A norma em proa, que guarda inteira conexão com os altos propósitos da proteção integral, máxime pelo enfoque da prioridade absoluta no atendimento, já vinha inclusive consagrada pelo anterior Código de Menores (Lei nº 6.697/79), cujo art. 117 ostentava a seguinte redação: “os recursos contra decisões do Juiz de Menores terão preferência de julgamento, e dispensarão revisor”.<sup>293</sup> Em suma, cuida-se de preceito que, ao longo do tempo, tem-se mostrado indispensável para o bom êxito do sistema recursal direcionado aos demandantes com idade inferior a dezoito anos.

## 9.7

### Efeito suspensivo

O art. 198 da Lei nº 8.069/90, em seu inciso VI, conta com a seguinte redação:

a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Em relação ao clássico modelo adotado pelo Código de Processo Civil, a inovação diferenciadora apresentada pelo ECA é verdadeiramente revolucionária, pois que, como regra geral, estabelece que a apelação será recebida unicamente no efeito devolutivo, enquanto que o CPC parte de premissa diametralmente oposta, qual seja, a de que a apelação “será recebida em seu efeito devolutivo e

---

<sup>293</sup> O vigente Código de Processo Civil, em regra de alcance genérico, dispensa a presença de revisor nos recursos cujas causas observem procedimentos sumários, naquelas relativas a despejo e nas hipóteses de indeferimento liminar da petição inicial (art. 551, § 3º). Quanto à preferência no julgamento de recursos, outras leis especiais contêm previsão similar à do ECA. Assim, v.g., a que regula o Mandado de Segurança (Lei nº 1.533/51, art. 17) e, mais recentemente, a que institui o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03, art. 71).

suspensivo” (art. 520), tolhendo a imediata e provisória exequibilidade das sentenças impugnadas.<sup>294</sup>

Nesse aspecto, andou o legislador do Estatuto em firme compasso com a bandeira da efetividade do processo, fazendo opção que almeja conferir imediatos e úteis resultados práticos aos comandos sentenciais, estendendo, mediante a adoção dessa diferenciada técnica, homenagem aos desígnios da doutrina da proteção integral.<sup>295</sup> Se este ideário tem um de seus sustentáculos exatamente na prioridade absoluta a ser dispensada aos interesses de crianças e de adolescentes, é facilmente compreensível que, em solo jurisdicional, tal prioridade vá se projetar no terreno da tempestiva fruição dos direitos reconhecidos nas decisões judiciais.

De outra face, não é menos evidente que a opção estatutária em solapar da apelação o efeito suspensivo poderia, em certos casos, voltar-se contra os próprios interesses do litigante incapaz, aos quais se busca proteger. Saindo sucumbentes na demanda, a criança e o adolescente correriam a risco de logo ter contra si cumprida a decisão desfavorável. Por isso, houve-se com prudência o autor do ECA ao não blindar a regra que, de partida, nega efeito suspensivo à apelação, preferindo, antes, resguardar uma importante válvula para que, diante da presença de excepcionais condições de perigo, possa o juiz adicionar efeito suspensivo ao apelo, obviando a possibilidade da pronta efetivação da sentença impugnada.

---

<sup>294</sup> Ao longo dos preparativos que antecederam as pontuais reformas implantadas no sistema recursal do CPC pela Lei nº 10.352/01, chegou-se, vez mais, a cogitar sobre a introdução de modelo similar ao do ECA, quanto a serem as apelações, via de regra, dotadas apenas do efeito devolutivo. Sálvio de Figueiredo Teixeira, um dos condutores da reforma, sintetiza a questão: “Quanto à *apelação*, pretendia-se dar ao art. 520 esta redação: ‘A apelação terá somente efeito devolutivo, salvo nas causas relativas ao estado e à capacidade das pessoas.’ A exemplo do modelo italiano, o recurso contra as sentenças, como regra, teria efeito apenas devolutivo. Assim, salvo as exceções mencionadas no próprio texto legal, a parte apelante, para obter eventual efeito suspensivo, teria que o postular no segundo grau, através de cautelar, como ocorre, *verbi gratia*, relativamente ao recurso especial, no STJ, que tem sido criterioso no deferimento das pretensões nesse sentido. Esse sistema, como se pode antever, desestimularia em muito a interposição de apelações protelatórias, dinamizando a entrega da prestação jurisdicional. Optou-se, no entanto, considerando a possibilidade de os apelantes congestionarem o segundo grau com mandados de segurança e cautelares, em retirar a proposta, estudando melhor as alternativas” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O prosseguimento da reforma processual. In: *Revista de direito civil e processual civil*. v. 1, n. 2, nov.-dez., 1999. Porto Alegre: Síntese, p. 135).

<sup>295</sup> No Código de Menores de 1979, à suspensividade era dado o seguinte tratamento: a) não tinha efeito suspensivo o recurso interposto, mediante instrumento, contra decisões proferidas nos procedimentos de verificação de situação irregular do menor (art. 116 e § 1º); b) quanto ao recurso administrativo, se interposto contra portarias judiciais ou decisões relativas a medidas de vigilância (art. 8º), era recebido sem efeito suspensivo (art. 115, I), e se interposto contra decisão impositiva de penalidade administrativa (Livro I, Título VI), viria acompanhado do efeito suspensivo (art. 115, II).

Registra o inciso em verificação, no entanto, uma única hipótese em que a outorga do duplo efeito é compulsoriamente imposta. Tal ocorrerá quando se tratar de apelação deduzida em face de sentença que deferir a adoção por estrangeiro. Essa previsão é plenamente justificável, pois não se pode conceber que a decisão fosse cumprida provisoriamente, com a ida do adotando para o exterior, sabendo-se que o recurso pendente, em caso de provimento, implicaria em se recompor a situação fática ao *status quo ante*.<sup>296</sup> Os prejuízos pessoais para a criança ou para o adolescente aí envolvidos seriam indelévels. Por isso, o art. 51 do Estatuto, ao implementar diretrizes para adoção por estrangeiros residentes fora do Brasil, cuidou de advertir, em seu § 4º, que, “antes de consumada a adoção não será permitida a saída do adotando do território nacional”.<sup>297</sup>

Noutro giro, é particularmente importante perceber que, quando o inciso em comento proclama que o efeito suspensivo também será conferido, a juízo da autoridade, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, não está a conferir ao magistrado poder discricionário. Ao contrário, deve-se ver aí, como adverte Nelson Nery Júnior, típica situação de “ato vinculado do magistrado à hipótese descrita pela lei”, no sentido de que, “se estiver presente essa circunstância, vale dizer, se demonstrada a existência do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, a imposição do efeito suspensivo à apelação é de rigor”.<sup>298</sup>

Se existente, portanto, o quadro revelador do *periculum*, não será lícito ao juiz deixar de outorgar o suspensivo efeito, a exemplo, aliás, do que similarmente

---

<sup>296</sup> Neste mesmo sentido, Cury, Garrido e Marçura escrevem que “o efeito suspensivo é obrigatório e automático, porquanto a lei presumiu a existência de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista a natural dificuldade para a execução do acórdão, no caso de provimento do recurso, encontrando-se o adotando em território estrangeiro” (CURY, GARRIDO; MARÇURA. Obra citada, nota 17).

<sup>297</sup> É oportuno recordar que na década de 1980 o Brasil (e o Estado do Paraná, em especial) foi surpreendido pela descoberta de uma indústria da adoção, em que verdadeiras quadrilhas, mediante altos preços, intermediavam a venda de crianças para o exterior, tudo devidamente legalizado nas vias judiciais, graças aos frágeis mecanismos previstos para a adoção no revogado Código de Menores de 1979, quando o próprio estágio de convivência podia ocorrer no exterior (art. 108, parágrafo único). Compreende-se, por isso, o redobrado cuidado do legislador do ECA, em 1990, ao disciplinar a adoção por estrangeiro residente fora do Brasil, quando fez instituir, por exemplo, as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJA), responsáveis pela prévia triagem e emissão de laudos de habilitação, que deverão instruir as ações judiciais de adoção propostas por estrangeiros (arts. 51 e 52). O Código Civil de 2002 não trouxe inovações em relação à adoção por estrangeiro, como se vê em seu art. 1.629: “a adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei”, vale dizer, implicitamente remete aos regramentos do ECA.

<sup>298</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Obra citada, p. 634.

ocorre nos domínios da antecipação dos efeitos da tutela (arts. 273 e 461, § 3º do CPC), em que o magistrado, igualmente, não agirá de forma facultativa ou discricionária. Aqui, Athos Gusmão Carneiro presta o seguinte esclarecimento:

Já o magistrado, no exercício da jurisdição, analisará os fatos do processo, como postos pelas partes e como decorrentes das máximas de experiência e do *'id quod plerumque accidit'*; e, sob o princípio da persuasão racional, dirá se, na hipótese, ocorreram ou não os requisitos de concessão da tutela antecipada: se ocorreram, terá o *dever* de deferir o pedido de antecipação, fundamentando devidamente sua decisão; se não ocorreram, *cumpre-lhe* denegar o pedido, em provimento igualmente fundamentado.<sup>299</sup>

Se de um lado o juiz, presentes os requisitos, está vinculado a agregar efeito suspensivo ao apelo, não estará, de outro, obrigado a fazê-lo de ofício, mas apenas quando houver expresse requerimento da parte. É o que se conclui pela sistemática do CPC, que exige a iniciativa da parte interessada (art. 558, parágrafo único), sendo esta previsão aplicável aos casos regidos pelo Estatuto, uma vez que este não dispôs em contrário.

Releva, a esta altura, atender para a circunstância de que a Lei nº 8.069/90 se ocupa do efeito suspensivo também no art. 215, que tem por redação: “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.”

Como se constata, o dispositivo tem alcance mais amplo, porque faz estender a possibilidade de outorga do efeito suspensivo não apenas à apelação, mas a todo e qualquer recurso. Trata-se, no entanto, de norma direcionada exclusivamente ao segmento das ações que visam dar tutela aos interesses difusos e coletivos, constituindo fiel reprodução do art. 14 da Lei de Ação Civil Pública (7.347/85): “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.”

Logo, o duplo tratamento dado pelo ECA ao efeito suspensivo (arts. 198, VI e 215), é decorrência de admitir, para a proteção dos interesses de crianças e adolescentes, tanto o uso de ações individuais quanto de coletivas. Nelson Nery Júnior apresenta, acerca dessa constatação, elucidativa síntese:

---

<sup>299</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação da tutela*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 19.

Relativamente aos efeitos em que são recebidos os recursos, dois são os regimes do Estatuto: a) para as ações *individuais*, onde a pretensão deduzida seja de direitos *individuais*, a regra é de que a apelação, o agravo, o recurso ordinário, o recurso especial e o recurso extraordinário sejam recebidos apenas no efeito devolutivo. Somente os embargos de declaração, os embargos infringentes, a apelação contra sentença que deferir adoção por estrangeiro e a apelação, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, têm efeitos suspensivo e devolutivo; b) para as ações *coletivas*, vale dizer, *ações civis públicas*, onde a pretensão deduzida seja de direitos e interesses *difusos* ou *coletivos*, a regra é a mesma do item anterior, podendo o juiz, entretanto, conferir efeito suspensivo a todo e qualquer recurso, para evitar dano irreparável à parte (art. 215 do Estatuto).<sup>300</sup>

Pondo fecho ao item, assinala-se que a concessão ou não de efeito suspensivo tem força de decisão interlocutória. Por isso, a parte insatisfeita, ou o Ministério Público, poderá postular sua revisão perante o competente tribunal, fazendo-o por meio de agravo de instrumento, como assegura o art. 523, § 4º, *in fine* do CPC.

## 9.8

### Juízo de retratação

O art. 198, inciso VII do Estatuto da Criança e do Adolescente aparece assim escrito:

antes de determinar a remessa dos autos à superior instância, no caso de apelação, ou do instrumento, no caso de agravo, a autoridade judiciária proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias.

Desde logo, ao exame deste dispositivo, será desconsiderado o juízo de manutenção ou retratação referente a decisões agravadas, pois, como antes visto, por imperativo da Lei nº 9.139/95, o agravo de instrumento contra interlocutórias de primeiro grau não mais se processa perante a instância monocrática, e sim, diretamente perante o tribunal recursal competente. Nessa parcela, por consequência, não mais vige o preceito estatutário, nada obstante o juiz não tenha

<sup>300</sup> NERY JR., Nelson. Obra citada, p. 632.

perdido, no novo regime, a possibilidade de se retratar, disso informando ao relator do agravo (art. 529 do CPC), bem como podendo fazê-lo em relação ao agravo retido (art. 523, § 2º do CPC).

O Código de Menores de 1927 (Mello Mattos), como reportado em item anterior, embora não permitisse a retratação do juiz, exigia-lhe que, antes de remeter os autos à superior instância, justificasse sucintamente a decisão recorrida (art. 186, § 2º). À sua vez, a Lei menorista de 1979 não contemplava o juízo de retratação no tocante ao recurso administrativo, mas apenas no recurso de instrumento (art. 116, § 2º).

Quanto ao ECA, o comando emitido no sétimo inciso representa, indubitavelmente, outro ponto de destaque na diferenciação imposta pelo legislador ao regime recursal do ECA. João Roberto Elias considera ser uma “notável modificação” a possibilidade de o juiz da infância e da juventude, “também em caso de apelação, reformar sua decisão”.<sup>301</sup>

Efetivamente, trata-se de alteração ruptural, à medida que ultrapassa a timidez do Código de Processo Civil, que, nesses domínios, acha-se fortemente vinculado ao princípio da irretroatividade das decisões. Pela letra do art. 463 do CPC, ao publicar a sentença de mérito o magistrado esgota seu ofício jurisdicional, só podendo alterá-la em vista de erros materiais ou em decorrência do acolhimento de recurso de embargos de declaração, para suprir-lhe contradições, omissões e obscuridades.<sup>302</sup>

Em rigor, o vigente CPC só admite duas possibilidades de retratação na fase de apelação. Uma delas, traçada no art. 296: “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão.” Trata esta hipótese da única situação contemplada no Código em que é dado ao julgador singular se retratar quanto ao próprio conteúdo da sentença apelada. Quanto à segunda possibilidade, o CPC, agora em qualquer recurso de apelação, consente na retratação judicial quando, após o seu recebimento, constatar-se a falta de requisito de admissão, estabelecendo o

---

<sup>301</sup> ELIAS, João Roberto *Obra citada*, p. 233.

<sup>302</sup> Ao exame do inciso VII do art. 198 do ECA, afirma José Luiz Mônaco da Silva, que o seu legislador fez “ouvidos moucos ao disposto no art. 463 do Código de Processo Civil” (SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. São Paulo: RT, 1994, p. 344).

parágrafo único do art. 518: “Apresentada a resposta, é facultado ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.”

O legislador do ECA, então, a par de recepcionar, na íntegra, a retratação quanto aos pressupostos admissionais do apelo, inova e avança ao também permitir a retratação quanto ao conteúdo de *qualquer* sentença (terminativa ou definitiva), e não apenas da indeferitória de petição inicial. Esta ousada e pioneira dilatação de horizontes oferece ao juiz uma ponte para que possa re-julgar a mesma demanda, em busca do aperfeiçoamento da sentença apelada, cujo propósito, se realmente alcançado, viria a se traduzir em real vantagem para a criança ou o adolescente com interesse nos autos, já que, por esse modo, estariam livres do ônus de aguardar mais tempo pela solução do recurso na superior instância. É nítido, pois, o propósito de celeridade na obtenção do provimento final, fazendo-se evidente que o arrojo do legislador estatutista encontra sólida justificativa na doutrina da proteção integral, que dá amplo suporte de legitimidade para licenças processuais como a que se está a considerar.

Pecadilho terminológico, que em nada compromete os elevados propósitos da inovação, mas que não passou despercebido pela atenta doutrina, decorre de o legislador, referindo-se ao pronunciamento judicial de confirmação ou retratação, ter dito que a autoridade judiciária, a tal desiderato, proferirá “despacho fundamentado”.<sup>303</sup> De despacho não se trata, uma vez que o juízo de manutenção ou reforma é portador de inegável conteúdo decisório. Menos mal que o legislador tenha exigido a fundamentação desse “despacho”, até porque e certamente, não é o *nomen iuris* que conferirá, por si só, dignidade de decisão (interlocutória, sentença ou acórdão) ao ato judicial, mas sim sua real carga decisória.

É bem evidente que se o magistrado se retrata, total ou parcialmente, em sede de apelação, terá, para isso (caso a retratação incida sobre o mérito), de editar um novo provimento da mesma espécie do reformado, ou seja, outra sentença, e não um simples despacho (irrecorrível, a teor do art. 504 do CPC). Ao se retratar no agravo de instrumento (art. 529 do CPC), o juiz o fará, logicamente, por meio de outra decisão interlocutória, e não, insista-se, por simples despacho. A simples

---

<sup>303</sup> Como bem detecta Sérgio Shimura, “o erro foi de técnica, uma vez que o pronunciamento judicial que modifica, ou simplesmente mantém a decisão anterior, com certeza, sempre terá conteúdo decisório” (SHIMURA, Sérgio. Obra citada, p. 556).

manutenção da sentença apelada, por sua vez, terá revestimento de decisão interlocutória.

Importante, outrossim, notar que o adequado momento para a expedição da decisão de reforma ou manutenção é aquele que antecede a eventual remessa dos autos à superior instância (como se lê ao início do inciso VII), o que só deverá ocorrer, portanto, após o escoamento do prazo de resposta na apelação e, sendo o caso, depois do pronunciamento fiscalizatório (*custos legis*) do órgão do Ministério Público. Evita-se, por essa acertada fórmula legal, indesejável desprestígio ao primado do contraditório.

De outro norte, olvidando-se o juiz de proferir a decisão de manutenção, e para que se cumpra o pressuposto recursal da regularidade formal, deve o relator da apelação, em diligência, restituir o processo ao juízo de origem, para que ali seja suprida a omissão. Em casos como este, não se mostraria correta opção contrária (pela não baixa dos autos), que viesse apoiada no argumento de que o juiz *a quo*, ao deixar de lançar sua expressa decisão de remessa, teria implicitamente mantido a sentença apelada.

Em primeiro lugar, seria leviano tirar subjetivas conclusões acerca da pretensa vontade do magistrado omissor. Em segundo lugar, e é o que desponta como decisivo, os sistemas constitucional e processual pátrios não acolhem a proposta de decisões ‘implícitas’, o que deflui, em caráter irrefutável, do art. 93, IX da Magna Carta, que impõe sejam fundamentados todos os decisórios do Poder Judiciário. Então, como antes afirmado, se o despacho previsto no art. 198, VII do ECA não constitui simples despacho mas verdadeira decisão, não escapará da constitucional exigência de explícita fundamentação, que, de resto, acha-se presente na própria norma estatutária em realce.

Necessário, ainda, aviar algumas considerações a respeito das providências constantes do último inciso do art. 198 (VIII), visto estarem ligadas ao que se examina. Num primeiro instante, a norma fornece diretrizes para o burocrático encaminhamento dos autos à superior instância recursal, em caso de juízo de manutenção da sentença apelada, o que deverá ser feito pelo escrivão “dentro de vinte e quatro horas, independentemente de novo pedido do recorrente.” Noutro momento, o dispositivo faz esclarecer que, tendo havido juízo de retratação, a remessa dos autos à corte superior ficará condicionada ao “pedido expresso da

parte interessada ou do Ministério Público, no prazo de cinco dias, contados da intimação.”

Havendo, neste último caso, regular requerimento da parte ou do Ministério Público para a subida do recurso apelatório, não mais será lícito ao juiz, por assim dizer, retratar-se da retratação. A auto-reforma permitida no inciso VII do art. 198, ressalte-se, supõe a existência de uma apelação, o que não ocorre na situação do inciso seguinte, em que o juiz já não se encontrará diante de uma originária apelação, mas sim, repitam-se os termos da regra, diante de um simples “pedido expresso da parte interessada ou do Ministério Público” (inc. VIII).<sup>304</sup>

Outra relevante possibilidade de ocorrência prática, que não pode ser negligenciada, consiste em que o juiz, retratando-se em face da apelação, não profira, desde logo, outra sentença em lugar da que tenha sido então eliminada. Imagine-se, como sugerem, por meio de comum exemplo, Nelson Nery Júnior e Sérgio Shimura, que o magistrado singular, reconhecendo nulidade insanável, limite-se a declarar a nulidade da sentença e a reabrir o procedimento que a antecedeu. Em assim fazendo, sua decisão não terá perfil de sentença, mas sim de decisão interlocutória, pois não estará pondo termo ao processo.

À vista desse factível exemplo, os dois mencionados autores concluem no sentido de que a parte prejudicada pela retratação, desejando insurgir-se, só poderia fazê-lo por intermédio do recurso de agravo de instrumento, visto que, nesta oportunidade, estaria a atacar não mais uma sentença, e sim uma decisão apenas interlocutória.<sup>305</sup>

Ousa-se, porém, discordar da compartilhada opinião dos nominados doutrinadores. No exemplo por ambos trabalhado, não há negar, o juiz, em sua retratação, efetivamente escreve uma decisão interlocutória, a qual, todavia, não induz à necessidade de que a parte interessada ou o *Parquet*, insatisfeitos, tenham de lançar mão do recurso instrumental. Não é, *data venia*, o que se extrai da regra de regência (art. 198, VIII), na qual vai dito, sem distinção alguma, que, em caso de reforma (retratação), “a remessa dos autos dependerá de pedido expresso”, e não de novo recurso. Quisesse realmente o legislador, teria dito da necessidade de

<sup>304</sup> Sérgio Shimura considera que a retratação “pode se dar uma única vez, sob pena de gerar infundáveis recursos a respeito de uma mesma questão, em total confronto com a estabilidade das relações e insegurança das partes” (SHIMURA, Sérgio. Op. cit., p. 557).

<sup>305</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Obra citada, p. 635-636; SHIMURA, Sérgio. Obra citada, p. 557.

o novo sucumbente interpor apelação ou agravo, mas não o disse. Não se pode, em tais circunstâncias, querer equiparar a locução “pedido expresso” a novo recurso.

O juízo de retratação sob exame (tal como ocorre com o preliminar juízo de admissibilidade exercitado na instância recorrida) é de natureza provisória ou diferida, só se definitivando após escoado *in albis* o prazo previsto para o pedido expresso de remessa dos autos à superior instância. Existindo esta solicitação de remessa em tempo hábil, os autos ascenderão ao tribunal competente e, aí, o objeto de julgamento será a primitiva apelação, (antecipada e provisoriamente acolhida pelo juiz da infância e da juventude), e não o subsequente pedido de remessa formulado pela parte interessada ou pelo Ministério Público, cujo requerimento, a teor, do inciso VIII, esgota-se no pleito de envio do processo ao juízo *ad quem*, inexistindo, repita-se, imposição legal para que em tal pedido se combatam os fundamentos da decisão de retratação.

Nesta ordem, se o tribunal, apreciando o apelo originalmente interposto, negar-lhe conhecimento, ou, dele conhecendo, negar-lhe provimento, fica mantida a primeira sentença proferida pelo juiz monocrático e, via de consequência, prejudicada e privada de qualquer efeito a emitida decisão de retratação. Se, em contrário, o tribunal vier a acolher o originário apelo, estará, a um só tempo, ratificando e substituindo (art. 512 do CPC) a decisão de retratação havida em primeiro grau. Neste último caso, a parte interessada ou o Ministério Público, responsáveis pelo pedido de subida do apelo, poderão livremente recorrer do acórdão ou decisão singular de relator (art. 557 do CPC) que tenha dado provimento à apelação, sem que se possa opor-lhes o óbice da preclusão. É que, como demonstrado, não estavam obrigados a interpor recurso típico contra a precedente decisão de retratação do juiz de primeira instância, mas tão somente formular pedido expresso de remessa dos autos ao tribunal competente.

Traz-se à consideração uma última hipótese de freqüência certamente não tão rara. Proferindo o juiz da infância e da juventude sentença de indeferimento da petição inicial e havendo apelação da parte autora, o prazo de que disporá o magistrado para exercitar possível juízo de retratação será o previsto no art. 296 do CPC (48 horas) ou aquele mais elástico, de cinco dias, anotado no art. 198, VII do ECA?

Ao cotejo das duas propostas normativas, a solução milita em favor da incidência da regra do Código de Processo Civil. Com efeito, a regra estatutária, ao prever a oportunidade do contraditório como antecedente lógico da retratação judicial, e permitindo, ainda, o pedido de remessa dos autos ao tribunal pela parte prejudicada (inc. VIII), acaba deixando à margem o processamento da apelação em processo no qual o requerido não tenha sido ainda citado. Não tendo o ECA estabelecido norma apropriada para esta hipótese, prevalece a regra recursal prevista no art. 296 do CPC, em que o prazo de retratação, sendo menor, contribui até para a celeridade do procedimento.

## 9.9

### A apelação do art. 199

Sem que se trate propriamente de uma regra de adaptação recursal, preceitua o art. 199 do Estatuto da Criança e do Adolescente que: “contra as decisões proferidas com base no art. 149 caberá recurso de apelação”.

O art. 149 do ECA, à sua vez, diz caber ao juiz da infância e da juventude disciplinar, mediante portaria, ou autorizar, por meio de alvará, mas sempre fundamentadamente, a entrada e a permanência de crianças ou de adolescentes, desacompanhados dos pais ou responsável, em ambientes públicos de diversão, tais como praças desportivas, bailes, locais de diversões eletrônicas, cinemas, teatros, rádio e televisão etc. Ainda nesta linha, enquadram-se atividades de participação em certames de beleza e em espetáculos públicos e seus ensaios.<sup>306</sup>

---

<sup>306</sup> Já o primeiro Código de Menores, o Mello Mattos, de 1927, continha, em seu art. 131, a seguinte previsão: “A autoridade protectora dos menores póde emittir para a protecção e assistencia destes qualquer provimento, que ao seu prudente arbitrio parecer conveniente, ficando sujeito á responsabilidade pelos abusos de poder” (grafia original). Seu sucessor, que antecedeu ao ECA, o Código de Menores de 1979, seguiu a mesma linha, estabelecendo seu art. 8º: “A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder”, de cujos atos também se podia interpor recurso administrativo, sem efeito suspensivo (art. 115, I).

A tomar por esses referenciais normativos, pode-se perceber que o legislador do ECA, no art. 199, se não chegou a conceber uma regra de adaptação recursal, acabou indo mais além, haja vista que passou a admitir recurso contra ato que, embora oriundo de autoridade judicial, é de conteúdo eminentemente administrativo, como ocorre com a portaria. O tão só fato de o art. 149, § 2º exigir que ela seja precedida de fundamentação, não tem o condão de convertê-la em decisão judicial, porque também as portarias baixadas pelos agentes dos demais Poderes contêm fundamentação, que se expressa na motivação presente em qualquer ato administrativo, mas nem por isso se convolam em sentenças. Em outras palavras, o legislador do ECA, para fins de recurso, fez equiparar ato administrativo (portaria) às decisões judiciais em geral. Se assim dispôs, assim deve ser aceito, já que não se pode afirmar qualquer vício de inconstitucionalidade no artigo sob crítica, senão que destoaria do regime clássico de só serem admitidos recursos contra decisões jurisdicionais. Portaria, repita-se, decisão processual não é.

A respeito do art. 199 do ECA, explica Moacir Rodrigues, antevendo o desconforto criado pelo legislador:

Neste artigo, o legislador equiparou o ato do Juiz a provimento jurisdicional e preferiu espancar de antemão dúvidas que possivelmente viriam a surgir, deixando sumamente claro que, contra os atos e decisões determinados e/ou prolatados com base no disposto no art. 149 do Estatuto, será a apelação o recurso adequado para a impugnação por aquele que se julgar inconformado ou mesmo por parte do representante do Ministério Público quando de um deles discordar.<sup>307</sup>

O mesmo não se passa no tocante à figura do alvará, que, situado no campo dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária, dá margem à prolação de decisão jurisdicional típica, a que bem se afeiçoa o recurso de apelação. José Luiz Mônaco da Silva esclarece os distintos campos de incidência das portarias e dos alvarás:

A autoridade judiciária, portanto, tem duas maneiras distintas de disciplinar esses assuntos: ou baixa portaria regulamentadora, abarcando difusamente pessoas que estejam sob a égide dessa norma, ou decide a pretensão caso a caso, atenta às considerações daquele que almejar determinada providência

---

<sup>307</sup> RODRIGUES, Moacir. Obra citada, p. 217.

jurisdicional em seu exclusivo benefício. Assim, quer se trate de portaria, quer se trate de alvará judicial, o ato advindo do magistrado desafiará tão-somente apelação, a teor do presente dispositivo, não comportando recurso de agravo de instrumento.<sup>308</sup>

Atendendo-se ao quanto dito nos comentários recém-reproduzidos, uma única e parcial restrição se pode averbar ao seu conteúdo, especificamente naquilo em que recusa o emprego do agravo de instrumento. Ora, o art. 199 do ECA, ao dizer que cabe apelação em face de medidas judiciais consistentes em portarias e alvarás, não o declara em tom excludente dos demais recursos. Assim, se por suas características de ato uno é razoável que se exclua a interposição de agravo de instrumento em face de portaria, o mesmo não se pode dizer em relação ao procedimento para concessão de alvará, que, no seu percurso, pode dar margem a incidentes debeláveis pelo remédio do agravo.

Em meio a isso, deixou o legislador do ECA de explicitar o termo inicial para a contagem da apelação contra portaria, não se prestando a essa finalidade os padrões encontráveis no art. 506 do CPC. Em relação ao Ministério Público não há maiores problemas, porquanto a sua obrigatória e pessoal intimação é que fixa o dia inicial da contagem de seu prazo recursivo (art. 203 do ECA). A portaria, contudo, atinge interesses dispersos. É de se esperar, então, que tais atos administrativo-judiciais tenham a maior publicidade possível, sobretudo em jornais, rádios e outros meios de comunicação a que possa ter acesso o público leigo, e não apenas em diários oficiais, restritos que são aos profissionais da área jurídica. O ideal, mesmo, é que tais portarias fossem precedidas de audiência pública junto às comunidades destinatárias, retirando-se dos ombros do juiz a delicada tarefa de, solitariamente, regular interesses que afetarão não só a crianças e adolescentes, mas também a seus pais e outros familiares. Diante desse nebuloso quadro processual, e para que não resulte cerceado o acesso à justiça, é de também se franquear a simultânea utilização de mandado de segurança para combate a portarias tidas por ilegais e abusivas.

Ainda com tudo isso, o art. 199 do ECA constitui outra viva manifestação do diferenciado perfil que o legislador estatutista pretendeu introjetar no módulo recursal, o que, vez mais, encontra validade teórico-normativa na doutrina da proteção integral, cuja força paradigmática não tem obrigações para com dogmas

---

<sup>308</sup> SILVA, José Luiz Mônaco da. Obra citada, p. 345.

processuais. Seu compromisso, isto sim, é o de, acima de tudo e permanentemente, resguardar o superior interesse das crianças e dos adolescentes.

## 10

### CONCLUSÃO

Procurou-se, ao longo do trabalho, demonstrar que o diferenciado sistema recursal do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) encontra eficiente fundamentação na doutrina da proteção integral e, por conseguinte, na contemporânea concepção do direito internacional dos direitos humanos, que, dentre seus preferenciais focos de atenção, prioriza os interesses da criança e o acesso às instâncias formais de justiça.

As fontes de investigação consistiram, essencialmente, nos seguintes materiais: a) doutrinário, especialmente nas áreas do direito internacional público, direito internacional dos direitos humanos, filosofia do direito, direito constitucional, direito processual civil, direito da infância e da adolescência, antecedente direito do menor e, incidentalmente, em outras áreas afins; b) jurisprudencial, recolhido junto ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça; c) jornalístico, extraído da imprensa escrita.

Dois foram os principais eixos da pesquisa, a saber: de um lado, a doutrina da proteção integral da infância, construída nos domínios do direito internacional; de outro, o fenômeno da tutela jurisdicional diferenciada, fruto de elaboração da processualística moderna, mas também sob forte influência da normativa internacional. O objetivo da dissertação foi demonstrar a correlação entre essas duas vigas, para a confecção do diferenciado sistema recursal do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao exame do direito internacional, principiou-se por recolher dados históricos sobre o seu surgimento (século XVI), destacando-lhe a base jusnaturalista, que se fundava na idéia da existência de valores inerentes ao homem, caracterizados pela imutabilidade e universalidade, sendo apreensíveis pela tão-só razão humana. Observou-se que, mesmo com a posterior afirmação do positivismo, em que o monopólio da produção jurídica foi afetado ao Estado Moderno, convertendo-se a lei em um ato de vontade, ainda assim os fundamentos

religiosos e filosóficos do direito natural não sucumbiram. Antes, continuaram evidentes em importantes acontecimentos de ruptura política, projetando-se, por exemplo, na ideologia da Declaração Francesa de 1789 ou, mais modernamente, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. O natural continuou a ser positivado, em apreço aos mais essenciais valores humanos, como se pôde constatar ao longo do trabalho.

Dois pontos mais, de especial relevo para o desvelamento do direito internacional, situaram-se na recapitulação do projeto kantiano sobre a paz perpétua e no enfrentamento da áspera discussão que envolve a hierarquia dos tratados internacionais frente às ordens jurídicas internas. Relativamente ao trabalho de Kant, escrito em 1795-1796, surpreendem, desde então, a atualidade e a influência de seu pensamento sobre o direito internacional, que se abebera de suas idéias concernentes à paz perpétua e à hospitalidade universal, verdadeiras barreiras morais contra a desarmonia entre os povos. Já com relação à discussão que envolve os partidários do monismo e do dualismo, a nota marcante e preocupante, como se pôde observar, ficou por conta do inflexível posicionamento da Suprema Corte brasileira, que, mesmo diante de tratados de direitos humanos, desconsidera-os, em detrimento de norma interna constitucional mais gravosa para o indivíduo.

Avançou-se para o exame do direito internacional dos direitos humanos, que ganhou decidida impulsão a partir da elevação da pessoa humana à condição de sujeito de direitos nas relações internacionais (século XX, especialmente), ombreando-se aos Estados, que viram, por isso, relativizada a força de sua clássica soberania. O indivíduo, por sua tão-só condição humana, tornou-se alvo de potencializada atenção da comunidade internacional. O princípio da dignidade passou a acompanhar a pessoa nas mais diversas frentes de reivindicação, convertendo-a em credora de uma série de direitos amalgamados em várias declarações e convenções, principalmente após o historiado surgimento da ONU. Observou-se, também, que, em sede de tratado de direitos humanos, sucumbiu a exigência de reciprocidade, cuja cláusula continua a prevalecer apenas em relação aos acordos tradicionalmente firmados entre os Estados. Quanto aos direitos de cunho individual, suas marcas passaram a ser a da universalidade (direito respeitado em qualquer lugar) e a da indivisibilidade (direito a todos os direitos).

Criou-se, então, adequada ambiência para a tutela de direitos como o da infância e o de acesso à justiça.

Empreendeu-se, em seguida, incursão nos meandros da Carta Internacional dos Direitos Humanos, exuberante marco jurídico no contexto da Organização das Nações Unidas. A Declaração de 1948 e os dois Pactos de Direitos de 1966 (Civis e Políticos/Econômicos, Sociais e Culturais), como se pôde sublinhar, passaram a compor o tripé do sistema geral de proteção aos direitos humanos; os Pactos, com força vinculante. Notou-se, por essa ocasião, que a linguagem geracional passou a despertar críticas, tendentes a se preservar a indivisibilidade dos direitos humanos. Mais preocupante, sem dúvida, apresentou-se o embate a respeito das correntes universalista e relativista, eis que, diferentemente do que se apregoa naquela primeira, os partidários desta intentam, sob argumentos de natureza cultural, minimizar a importância das características maiores dos direitos humanos, como o são a universalidade e a indivisibilidade. Como visto no estudo, trata-se de questão delicada, embora se observe em documentos de direitos humanos mais recentes o cuidado em se privilegiar, em alguma medida, hábitos culturais localizados, mas que não impliquem em sacrifício aos mínimos essenciais fixados nesses mesmos instrumentos.

Verificou-se, em seguida, o chamado sistema especial de direitos humanos, por meio do qual se procura focar, com maior grau de definição, certas categorias de direitos ou de indivíduos, que careçam de pormenorizada atenção. Dentre os vários documentos nessa linha editados, deu-se realçada atenção para a estrutura da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, pois nela, atualmente, situa-se a concentrada essência da doutrina da proteção integral (como dito já na peça introdutória desta dissertação, uma de suas *dobradiças*), da qual se espraiam direitos que procuram atender à infância em todas as suas ordens de necessidades. Ponderou-se sobre a falta de um melhor mecanismo fiscalizatório da Convenção, que, de resto, revela-se um documento em dia com o seu tempo.

Em atenção à crescente regionalização dos sistemas de proteção aos direitos humanos, ingressou-se no exame dessas realidades organizacionais, pondo-se a notícia de que, logo após o sistema europeu, o interamericano é o que se revela mais desenvolvido, tendo sido alvo, por isso e por ter o Brasil como um de seus associados, de mais acurada atenção. Destacou-se sua pioneira Declaração de Direitos, que antecedeu, em alguns meses, à da ONU, que também foi

aprovada em 1948. Foram objeto de análise, por igual, sua vinculante carta de direitos humanos, o Pacto de San José da Costa Rica (1969) e outros importantes documentos subseqüentemente editados.

Concluído esse geral apanhado sobre sistemas e instrumentos internacionais de tutela aos direitos humanos, compreendeu-se de utilidade selecionar, à guisa de melhor visualizá-los, uma série de regramentos internacionais, referentes especificamente à criança e ao acesso à justiça, que são as normas que dão sustentação ao propósito deste estudo.

Logo depois, ingressou-se no plano relativo aos elementos informadores da tutela recursal diferenciada no ECA. Primeiramente, foram postos em cotejo a Constituição de 1988 e o Estatuto, revelando a perfeita interação entre ambos, bem como entre eles e a Convenção de 1989. Com mais profundidade, seguiu-se um apanhado sobre a doutrina da proteção integral, buscando-lhe os fundamentos e as perspectivas, no tocante à plena realização dos interesses da classe infanto-juvenil. Chamou-se a atenção para a circunstância de que crianças e adolescentes são guindados à condição de sujeitos de direitos, estando, no entanto, em peculiar condição de desenvolvimento, ou seja, privados de completa maturidade físico-psíquica, cuja circunstância reclama, em regime de absoluta prioridade, o conjugado esforço da tríade família-sociedade-Estado, no sentido de prover-lhes os direitos de que são titulares mas ainda incapazes, só por si, de exercitá-los plenamente, quadro esse que se afiniza com a mensagem da proteção integral. Enalteceu-se que tal proteção é solicitada até pela especial qualificação da Lei nº 8.069/90, tida como um diploma fixador de direitos humanos. Concluiu-se o apanhado, advertindo que a impositiva teoria da proteção integral, plasmada no ECA, na Constituição e na Convenção sobre os Direitos da Criança, é que dá sustentação, dentre outras exigências, à de que as normas procedimentais, como ocorrido com o modelo recursal do ECA, ajustem-se às especificidades dos interesses de crianças e de adolescentes, que devam residir em juízo.

Dispensou-se atenção a um dos temas processuais mais palpitantes dos últimos anos, consistente na efetividade do processo, que, por certo, não se cuida de uma aspiração apenas da classe infanto-juvenil, mas de todo e qualquer indivíduo que necessite comparecer em juízo, como autor ou réu. Vários documentos internacionais, como indicado, conclamam a um processo justo, tempestivo e de resultados factíveis no plano empírico, à moda da fórmula

chiovendiana, de que o processo deve dar, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que faça jus. Um dos caminhos que podem levar a esse desejado resultado passa, indubitavelmente, pela adequação do procedimento a ser utilizado na demanda. Procedimentos peculiarizados, habilitados a satisfazer interesses substanciais também peculiares. Nesse propósito, examinou-se a outra *dobradiça* indicada no trabalho, coincidente com as técnicas de tutela jurisdicional diferenciada, evidenciando-se que o legislador estatutista, no delimitado campo dos recursos, delas se serviu para formatar adaptações no sistema recursal que tomou de padrão, o do Código de Processo Civil. E assim o fez, porque recomendado pela doutrina da proteção integral, ou seja, na justa expectativa de que as promovidas adaptações pudessem consultar ao superior interesse de crianças e de adolescentes, que devam freqüentar o foro.

Também na linha de desdobramento do tema investigado, externaram-se algumas considerações acerca da conveniência de se contar com juízos especializados para o zelo das causas *infanto-juvenis*. A Lei nº 8.069/90 contém norma expressa a respeito, deixando, contudo, de endereçá-la também aos órgãos de superior instância, em lacuna que deve ser suprida pela iniciativa dos próprios tribunais.

Entrou-se, por fim, no frontal segmento das regras recursais de adaptação no ECA (arts. 198 e 199). Preliminarmente, passou-se em revista à disciplina que os Códigos de Menores de 1927 (Mello Mattos) e de 1979 deram aos recursos, observando-se que cada um deles, em alguma medida, deixou sua contribuição para o regime recursal do Estatuto. Delineou-se, depois, o campo de incidência dos recursos no modelo atual, restando claro serem cabíveis apenas em face de decisões proferidas por magistrados no exercício das funções inerentes à infância e à juventude, fazendo-se uma projeção em relação aos recursos subsequentes, interponíveis fora do juízo de primeiro grau, questão suscetível de gerar dúvidas.

Fez-se necessária alusão ao catálogo dos pressupostos recursais, eis que alguns deles sofreram impacto pela ordem do art. 198 do ECA. Passou-se, então, ao exame de cada um de seus incisos modificantes do sistema geral do CPC. Examinou-se a desnecessidade do preparo recursal, como fator que favorece maior amplitude de acesso às instâncias superiores. No tocante aos prazos recursais, expôs-se que a genérica previsão de dez dias para interposição dos recursos vem ao encontro da desejada celeridade para entrega do correspondente

provimento, lembrando-se, nesse sentido, indicadas regras da normativa internacional.

No tocante aos prazos previstos para os embargos de declaração e para o agravo de instrumento, coube lembrar que os incisos do art. 198, naquilo que regulamentavam o recurso instrumental, quedaron irremediavelmente prejudicados pelo advento da Lei nº 9.139/90, que subtraiu seu processamento dos juizes de primeiro grau, reservando-lhes apenas os agravos na forma retida. Apresentou-se reduzida dissensão doutrinária. Lembrou-se que os novos agravos internos incorporados ao CPC, serão interponíveis em seu regulamentar prazo de cinco dias, não se lhes aplicando o prazo genérico de dez dias, previsto no ECA. Sustentou-se, com relação aos recursos endereçáveis ao STJ e STF (extraordinário, especial e embargos de divergência), serem oponíveis não em quinze dias (art. 508 do CPC), mas sim no prazo reduzido e genérico, de dez dias, contemplado pelo ECA. Dessa regra geral, escapam os recursos ordinários constitucionais (arts. 102, II e 105, II da CF), visto que utilizáveis contra decisões dadas em processos de competência originária dos tribunais, ou seja, processos que não tiveram passagem por vara da infância e da juventude, fugindo ao campo de incidência do art. 198, *caput* do ECA.

Quanto à aplicabilidade do art. 188 do CPC ao diferenciado sistema recursal estatutista, emitiu-se conclusão no sentido favorável, por inexistência de óbice legal, bem assim porque, relativamente ao Ministério Público, eventual não aplicação daquele benefício dilatatório redundaria em prejuízo aos interesses do próprio público infanto-juvenil, consoante justificativa que se declinou no texto.

Relativamente à regra que impõe a preferência de julgamento e a dispensa de revisor, averbou-se tratar de previsão que se concilia plenamente com a teoria da proteção integral. No que diz com o efeito suspensivo disciplinado pelo art. 198 do ECA, anotou-se cuidar de diferencial de significativa importância, à medida que, como regra geral, assegura a imediata exequibilidade da sentença, no rumo da efetividade solicitada pela proteção integral. Afastou-se o legislador do Estatuto do oposto modelo vigente no CPC, em que a regra geral é a de que as apelações serão recebidas no duplo efeito. Lembrou-se que o art. 198, porém, cuida de duas exceções: na primeira delas, o duplo efeito se impõe compulsoriamente (apelação contra sentença deferitória de adoção por

incondicional inspiração dos mais elevados valores aclamados pelo consenso ético universal, repontando em seu vértice a Convenção sobre os Direitos da Criança (ONU/1989), cujo signo da integral proteção revelou-se determinante para a emancipação desses novos senhores de direitos, que são, indistintamente, todas as crianças e adolescentes, eis que portadores da divina centelha humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **História do direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. **Revista de Processo**, São Paulo, RT, n. 65, p. 45-55, jan.-mar. 1992.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATIFFOL, Henri. **A filosofia do direito**. 6. ed. Trad.: Eugênio Cavaleiro. Lisboa: Editorial Notícias, 1981.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003b.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

BENEDITO, Ademir de Carvalho. Justiça de menores no Brasil: sua verdadeira finalidade. In: CURY, Munir (coord.). **Temas de direito de menor**. São Paulo: RT, 1987, p. 179-185.

BIBLIOTECA SALVAT de Grandes Temas. **As organizações internacionais**. v. 60. Rio de Janeiro: Salvat, 1980.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad.: Alfredo Fait. 2. ed. Brasília: Edunb, 1992.

\_\_\_\_\_. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Comp.: Nello Morra. Trad.: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANDÃO, Adelino. **Os direitos humanos**: antologia de textos históricos. São Paulo: Landy, 2001.

CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 152-159.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. **Estado de direito**. Coleção Fundação Mário Soares, v. 7. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Trad.: Gresiela Nunes da Rosa; Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. 3. ed. Trad.: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica (Ed. Líder), 2003.

CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Direito do menor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**: e de teoria do direito. São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, p. 289-300, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria da ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1974.

**COLEÇÃO das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil de 1927**. v. 2. Actos do Poder Executivo (janeiro a dezembro). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2001.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **É possível mudar: a criança, o adolescente e a família na política social do município**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad.: Adriano Vera Jardim; Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2000.

D'ANTONIO, Daniel Hugo. **Derecho de menores**. 4. ed. actual. y ampl. Buenos Aires: Astrea, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1. 18. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DOTTI, René Ariel. Direitos humanos. In: **O Estado do Paraná**, Curitiba, 27 jun. 2004, Caderno Direito e Justiça (matéria de capa).

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)**: de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.01.2002). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

**ESTATUTO da Criança e do Adolescente e legislação correlata** (obra coletiva). atual. até 01.01.2004. São Paulo: RT, 2004.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94-112.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad.: Carlo Coccioli; Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: 2002.

- FIRMO, Maria de Fátima Carrada. **A criança e o adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Folha de S. Paulo**, São Paulo, 9 jul. 2004, p. C-5.
- Folha de S. Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2004, p. A-11.
- Folha de S. Paulo**, São Paulo, 12 jul. 2004, p. B-3.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad.: A. M. Hespanha; L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). **Direito e legitimidade**. Trad.: Cláudio Molz; Tito Livio Cruz Romão. São Paulo: Landy Livraria, 2003.
- HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado**. Trad.: Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.
- JENKS, C. Wilfred. **Direito, liberdade e bem-estar**. Trad.: Francisco Maia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.
- JUBILUT, Liliana Lyra. Os pactos internacionais de direitos humanos (1966). In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coord.). **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad.: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad.: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2002.
- LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- \_\_\_\_\_. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 5. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad.: José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- LATORRE, Angel. **Introdução ao direito**. Trad.: Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978.
- LITRENTO, Oliveiros Lessa. **Estudos de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 3. tir. São Paulo: Malheiros, p. 113-43.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad.: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Alberto Vellozo. **Os direitos de personalidade no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Curitiba, 2000. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 256 f.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código de Menores comentado**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. v. 1. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDEZ, Emilio Garcia. Legislação de “menores” na América Latina: uma doutrina em situação irregular. In: SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia (comp.). **Do avesso ao direito**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 23-35.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Trad.: Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

MORAES, Evaristo de. **Criminalidade da infância e da adolescência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. v. 1. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual (sexta série)**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORO, Alfredo Carlo. **Manuale di diritto minorile**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2000.

NALINI, José Renato. Rumo ao código latino-americano de direitos fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 517-534.

NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários aos arts. 198 e 199. In: CURY, Munir (coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 616-636.

\_\_\_\_\_. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1997.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1997.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

**O Direito**, Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, Propriedade de João José do Monte, v. 18, 1879.

**O Direito**, Revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, Propriedade de João José do Monte, v. 29, 1882.

**O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 9 jul. 2004, p. B-6.

**O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 10 jul. 2004, p. A-11.

**O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 15 jul. 2004, p. A-10-12.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Silvia Menicucci de. Desenvolvimento sustentável na perspectiva da implementação dos direitos humanos (1986-1992). In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coords.). **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 89.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 6. ed. Trad.: L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_. **Direito natural/direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Moacir. Comentários aos arts. 198 e 199. In: SIQUEIRA, Liborni (coord.). **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

ROQUE, Sebastião José. **Direito internacional público**. São Paulo: Hemus, 1997.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos humanos**. 2. ed. 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2002.

SANSEVERINO, Ana Lúcia Mutti de Oliveira. Recursos no Código de Menores. In: CURY, Munir (coord.). **Temas de direito do menor**. São Paulo: RT, 1987, p. 67-80.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 3. vol. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. In: ANNONI, Danielle (coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 219-251.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Introdução ao direito internacional público**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SHIMURA, Sérgio. O regime recursal no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1999. p. 547-559.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; CURY, Munir. Comentários ao art. 1º. In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 6. ed. rev. e atual. pelo novo Código Civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 15-16.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, José Luiz Mônaco da. **Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários**. São Paulo: RT, 1994.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de Souza. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 2001.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

SURGIK, Aloísio. **Temas críticos de direito à luz das fontes**. Curitiba: Livros HDV, 1986.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma da legislação processual no contexto de uma nova justiça. In: **Modificações no CPC** (Obra coletiva). Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 69-91.

\_\_\_\_\_. O prosseguimento da reforma processual. In: **Revista de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, Síntese, v. 1, n. 2, p. 134-137, nov.-dez., 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Danielle (coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

TUNKIN, G.; BOBROV, R.; LUKASHUK, I. **Curso de derecho internacional**. Libro 1. Trad.: Federico Pita. Moscú: Editorial Progreso, 1979.

VELLOSO, Augusto Versiani. **Textos de direito romano traduzidos**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1923.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à segunda fase da reforma do Código de Processo Civil: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001 e Lei 10.444, de 07.05.2002**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. atual. Campinas: Bookseller, 2000.