

ELETRÔNICOS

Direito Internacional sem Fronteiras

O CONTROLE DAS INTERVENÇÕES NO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR À LUZ DO CORPO JURIS INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

El control de las intervenciones en el derecho a la convivencia familiar según el “corpus juris” internacional de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes

Peter Gabriel Molinari SCHWEIKERT 

Defensoria Pública do Estado de São Paulo – São Paulo/ São Paulo, Brasil.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo contribuir para a consolidação de uma dogmática da proteção integral a partir do diálogo com a teoria geral dos direitos fundamentais e, mais especificamente, os mecanismos de controle das intervenções no âmbito de proteção desses direitos. Para tanto, serão reunidos diversos temas enfrentados pela Comissão e pela Corte Interamericanas de Direitos Humanos, assim como pelo Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança nos casos relativos às separações familiares decorrentes de medidas adotadas pelos Estados.

Palavras-chave: Direitos Humanos de Crianças; Convivência Familiar; Direito a Família; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo contribuir a la consolidación de una dogmática de la protección integral basada en el diálogo con la teoría general de los derechos fundamentales y, más específicamente, los mecanismos de control de las intervenciones en el ámbito de la protección de estos derechos. Para ello, se reunirán diversos temas que enfrentan la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como el Comité de los Derechos del Niño en los casos relacionados con las separaciones familiares derivadas de las medidas adoptadas por la Estados.

Palabras-clave: derechos humanos de la niñez; Vida familiar; derecho a la convivencia familiar; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comité de los Derechos del Niño.

1 INTRODUÇÃO

Quando investigamos o conhecimento produzido em relação aos direitos humanos e fundamentais, verificamos que ao longo das últimas décadas, em especial após a segunda metade do século XX, construiu-se uma sólida doutrina e uma consistente jurisprudência que vêm orientando os/as mais diversos/as intérpretes¹ na promoção, proteção e defesa de cada um desses direitos, judicial ou extrajudicialmente.

Atualmente, portanto, ao nos depararmos com um caso que envolva o direito à liberdade de expressão e os discursos de ódio; a liberdade de reunião nas democracias; a proibição de discriminações e a proteção das minorias, entre tanto outros exemplos, pode-se afirmar que contamos com um extenso material que orientará a busca pela resposta mais adequada, de acordo com as Constituições vigentes e os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos.

No Brasil, todavia, curiosamente, enquanto muitos dos direitos humanos e fundamentais encontram fértil produção e atualização teórica, inclusive análise de direito comparado e das diversas manifestações dos órgãos internacionais e entidades de proteção de direitos humanos, ao menos um direito não tem recebido a devida atenção da comunidade científica nem o rigor teórico devido por parte dos tribunais. Falo do *direito de crianças e adolescentes² à convivência familiar³*, previsto no art. 227 da Constituição brasileira.

¹ Remete-se aqui à ideia de pluralidade de intérpretes da Constituição de Peter Haberle (2014), perfeitamente extensível aos diversos atores e atrizes que também interpretam e vivem os direitos humanos, em âmbito internacional.

² No presente artigo, toda vez que for utilizado o termo “criança” estar-se-á referindo indistintamente a crianças e adolescentes, seguindo-se a opção adotada pelos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos em relação a essa temática.

³ Importante observar que a expressão “direito à convivência familiar e comunitária”, positivado na Constituição Federal brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente e amplamente consolidado na doutrina e na jurisprudência brasileiras não encontra a mesma ressonância no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Regra geral, tanto as declarações, tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos quanto os informes do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, os relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, preferem o uso de expressões como “direito a família”, “direito à vida em família”, “direito à vida familiar”, “direito à unificação familiar”, dentre outros. Não se pretenderá, aqui, investigar as razões pelas quais o termo utilizado no sistema normativo pátrio não encontra correspondência nos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. Apenas pretende-se anotar a diferença para a melhor compreensão dos parâmetros a seguir delineados, já que todos se referem ao mesmo direito fundamental.

Essa espécie de “limbo teórico” tem gerado uma série de consequências negativas, não apenas para a integridade do direito, mas especialmente para as famílias cotidianamente afetadas por separações abusivas, ilegítimas e arbitrárias de seus filhos, muitos dos quais colocados prematura e ilegalmente para adoção. Fala-se, inclusive, no sequestro de crianças pelo Estado (GONÇALVES; GUZZO, 2020).

Para designar essa hermenêutica descompromissada do direito à convivência familiar temos utilizado a expressão *resistência menorista à consolidação da doutrina da proteção integral* (SCHWAN; SCHWEIKERT, 2020; SCHWEIKERT, 2021), que traduz a persistência de práticas outrora legitimadas pelos extintos Códigos de Menores a partir da manipulação de normas de baixa densidade normativa, com ênfase no princípio do interesse superior da criança.

O objetivo geral desse artigo é, portanto, enfrentar diretamente a *resistência menorista* a partir de contribuições para a construção de uma *dogmática da proteção integral*. Tais contribuições serão feitas pelo método analítico e estarão embasadas por normas internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos de crianças e adolescentes, documentos oficiais produzidos no âmbito do sistema universal e interamericano e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, considerando-se os estreitos limites do presente, far-se-á necessário o estabelecimento de um recorte em relação à construção metodológica usualmente utilizada pela dogmática constitucional para a análise dos direitos fundamentais, qual seja (i) a investigação do respectivo âmbito de proteção de cada direito, (ii) a identificação das possíveis restrições e sua justificativa e (iii) os limites a essas restrições.

Assim, o objetivo específico estará focado na terceira etapa da metodologia de estudo dos direitos fundamentais, isto é, os limites às intervenções no âmbito de proteção do direito à convivência familiar e os critérios para controle por parte das populações diretamente afetadas.

2 O CORPO JURIS INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO, PROMOÇÃO E DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA

De acordo com a Relatoria sobre os Direitos da Infância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2013), o conceito de *corpus juris* em matéria de infância significa o reconhecimento da existência de um conjunto de normas fundamentais que se encontram vinculadas com o fim de garantir os direitos humanos de meninos, meninas e adolescentes. Esse corpo normativo é formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos distintos (tratados, convenções, resoluções e declarações), assim como as decisões proferidas por cortes internacionais, Opiniões Consultivas e Comentários Gerais.

Com isso reforça-se a interdependência que existe em âmbito internacional entre os distintos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes (universal e regionais). Como se sabe, essa integração dos diferentes sistemas faz com que se nutram reciprocamente e se complementem mutuamente no que diz respeito ao desenvolvimento de *standards* internacionais de direitos humanos.

Especificamente em relação ao tema ora proposto, o *corpus juris* equivale a um “marco de proteção holístico” que orienta a interpretação do artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), integrando-o aos *standards* internacionais de direitos humanos desenvolvidos em matéria de infância e juventude, com fundamento no art. 29 da Convenção.

As violações aos direitos de crianças e adolescente, e de suas famílias, portanto, devem ser interpretadas à luz do *corpus juris* internacional de proteção de meninas e meninos, formado pela integração dos diversos diplomas internacionais que versam sobre os direitos de crianças e adolescentes, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e seu Protocolo Adicional de San Salvador, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, as Diretrizes da ONU sobre modalidades

alternativas de cuidado, os Comentários Gerais⁴ do Comitê sobre os Direitos da Criança, as Opiniões Consultivas⁵ e decisões⁶ da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 INDIVISIBILIDADE, INTERRELACIONARIEDADE E INTERDEPENDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Um segundo tópico introdutório fundamental para a adequada compreensão das intervenções estatais no seio das famílias a pretexto de proteger crianças e adolescentes diz respeito à indivisibilidade, interrelacionariedade e interdependência do direito à convivência familiar com outros direitos humanos.⁷

De acordo com a Comissão Interamericana (2013, p. 20), o direito à família (ou à convivência familiar) se relaciona estritamente com a efetiva vigência de todos os direitos da criança devido ao lugar central que ocupa a família na sua vida, bem como seu papel de proteção, cuidado e criação. De modo particular, o direito à família se vincula com os direitos à identidade⁸ e ao nome, reconhecidos no art. 18 da Convenção Americana e no art. 8º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Nas palavras da Relatoria sobre os Direitos da Infância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2013):

⁴ Em especial os seguintes Comentários Gerais: Comentário Geral nº 5º (Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança), Comentário Geral nº 7 (Realização dos direitos da criança na primeira infância), Comentário Geral nº 8 (Direito da criança à proteção contra castigos corporais e outras formas de castigos cruéis ou degradantes), Comentário Geral nº 9 (Direitos das crianças com deficiência), Comentário Geral nº 12 (Direito da criança de ser escutada), Comentário Geral nº 13 (Direito da criança a não ser objeto de nenhuma forma de violência), Comentário Geral nº 14 (Direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial)

⁵ Em especial a Opinião Consultiva nº 17/2002 (Condição jurídica e direitos humanos da criança)

⁶ Em especial os seguintes casos: Caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala” (1999), “Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana” (2005), “Hermanas serrano Cruz vs El Salvador” (2005), “Atala Riffo y Niñas vs Chile” (2012), “Forneron e hija vs Argentina” (2012), “Ramírez Escobar y otros vs Guatemala” (2018)

⁷ Como se sabe, a Declaração de Viena de 1993 consagrou a universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelacionariedade dos direitos humanos (princípio nº 5).

⁸ A Corte conceitua a identidade pessoal como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade. A identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, ambas sustentadas em uma experiência histórica e biológica, assim como a forma em que um indivíduo se relaciona com os demais, através do desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social.

A personalidade e a identidade da criança se forjam através de uma multiplicidade de fatores, entre os quais se destaca a criação de vínculos afetivos entre a criança e as pessoas mais próximas a ela, as quais lhe provêm cuidado e afeto, e transmitem a orientação adequada e direcionam seu crescimento pessoal. A influência das pessoas mais próximas à criança em seu processo de criação e na construção progressiva de sua personalidade em todas as suas facetas faz com que se estabeleça um vínculo entre o direito à família e o direito à identidade (p. 2013)

Pode-se falar, então, que o direito à identidade compreende, dentre outros elementos, o direito às relações em família,⁹ na medida em que as relações familiares e os aspectos biológicos da história de uma pessoa, particularmente de uma criança, constituem parte fundamental de sua identidade.

Mas não é só. Também se encontram intimamente relacionados ao direito à convivência familiar o direito à intimidade e à privacidade, o direito à inviolabilidade do domicílio, a liberdade de consciência e crença, incluído o direito à transmissão das culturas, a liberdade de locomoção e o direito de participação ativa da criança e do adolescente.

Por outro lado, a partir do momento em que uma criança é retirada do seio de sua família e passa a ficar sob os cuidados de uma instituição de acolhimento, por decisão de uma autoridade pública, o Estado assume uma posição reforçada de garante do direito à vida e à integridade pessoal dessas crianças, dado o regime de sujeição ou vinculação especial entre ambos.¹⁰ Por essa razão, o Estado tem o dever reforçado de prevenir todas as situações que possam conduzir, tanto por ação quanto por omissão, à transgressão ou violação desses direitos (CIDH, 2013, p. 227).

Embora não seja possível, aqui, aprofundar cada uma dessas intersecções, deve-se ter em mente que todas elas devem, necessariamente, ser levadas em consideração no cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais ou administrativas que possam ter como resultado separações familiares (como a aplicação das medidas de acolhimento familiar e institucional) ou, ainda, que ensejem a perda do poder familiar.

⁹ Caso Forneron y hija vs Argentina (2012), Caso Gelman vs Uruguai (2011), Caso Contreras y otros vs El Salvador (2011)

¹⁰ A propósito cf. Caso “Instituto de Reeducação del Menor vs Paraguai” (2004), prágrefs. 159-160.

4 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: BREVE RESGATE

Como mencionado na introdução, em razão dos limites do presente artigo, não será feito um estudo aprofundado sobre o âmbito de proteção do direito à convivência familiar.¹¹ Cumpre apenas destacar que, de acordo com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, o direito à convivência familiar contempla dois grupos distintos de posições jurídicas subjetivas: (i) as que garantem a autonomia familiar e protegem individualmente os membros de uma família (em especial, crianças e adolescentes) contra interferências ilegítimas e arbitrárias de terceiros ou do Estado na sua vida (*dimensão subjetiva negativa*);¹² e (ii) as que garantem aos membros de uma família o acesso a políticas públicas que fortaleçam as habilidades de cuidado e proteção, qualificando o exercício da responsabilidade parental (*dimensão subjetiva positiva*).¹³

Decorre, ainda, da dimensão objetiva do direito à convivência familiar os deveres de proteção estatais que, independentemente da posição individual de cada membro da família, impõem ao Estado uma postura ativa de garante do direito à convivência familiar, dada sua importância para o próprio funcionamento da sociedade.¹⁴

A presente análise levará em consideração, primordialmente, as intervenções que interfiram na dimensão subjetiva negativa do direito à convivência familiar.

¹¹ Para maior aprofundamento cf. SCHWEIKERT, 2020, p. 139-168

¹² Cf. arts. 11.2 e 17.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. VI da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem; arts. 5º, 8.1 e 9.1 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança; art. 15 do Protocolo de San Salvador; o art. 16.3 da Declaração Universal de Direitos Humanos; art. 23.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o art. 10 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Opinião Consultiva nº 17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos

¹³ Cf. Art. 2º da Declaração das Nações Unidas sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças (1986); Princípio 6 da Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959); arts. 18, 19 e 27.2 da Convenção sobre os Direitos da Criança; Diretrizes 3, 31 e 40 das Diretrizes da ONU sobre Cuidados Alternativos à Criança (2009)

¹⁴ Na Opinião Consultiva nº 17/02, a Corte Interamericana assinalou que a proteção do direito à família não apenas exige que o Estado se abstenha de interferir indevidamente nas relações privadas ou familiares da criança, mas também que, conforme as circunstâncias e em razão da posição de garante do Estado, adote providências positivas para assegurar o exercício e desfrute pleno dos direitos

5 RESTRIÇÕES AO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR: AS MEDIDAS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO

Como se sabe, os direitos humanos e fundamentais, por não serem, em regra, absolutos, admitem restrições em seu âmbito de proteção. No caso do direito à convivência familiar, as restrições decorrem do dever do Estado de proteger e garantir a vigência e efetividade, com prioridade absoluta, dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, em razão de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento¹⁵.

Isso acontece, pois, o direito internacional dos direitos humanos eleva os Estados a uma posição de *garante de caráter reforçado*, exigindo deles a adoção de uma série de medidas de natureza distinta e conteúdo dirigido à infância e à adolescência.

A Corte IDH já sedimentou em sua jurisprudência que (CIDH, 2013)

o direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias. Exatamente por isso, as intervenções estatais devem estar previstas em lei, perseguir um fim legítimo e cumprir com os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, é dizer, devem ser necessárias em uma sociedade democrática. Caso contrário, essas medidas configurarão uma restrição ilegítima que violaria o art. 11.2 da Convenção Americana e a proibição de ingerências arbitrárias na vida familiar (p. 76).¹⁶

Desse modo, quando presente uma situação concreta e atual de ameaça ou violação aos direitos de crianças e adolescentes, estará o Poder Público autorizado a intervir no seio familiar, restringindo sua autonomia, mediante a aplicação de medidas especiais de proteção¹⁷ (arts. 1.1, 5 e 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

¹⁵ O dever de proteção especial se fundamenta no reconhecimento das condições especiais da criança, que, devido ao seu desenvolvimento progressivo em todas as suas facetas (a nível físico, cognitivo, emotivo, psicológico e social) depende dos adultos para o efetivo acesso e gozo de todos os seus direitos, assim como para o exercício das ações jurídicas tendentes a exigí-los. Essa dependência dos adultos, e sua intensidade, é modificada de acordo com a evolução das capacidades da criança e de seu grau de maturidade.

¹⁶ Cf. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile (2012 párr. 164); Caso Tristán Donoso Vs. Panamá (2009. párr. 56); Caso Escher y otros Vs. Brasil. (2009, párr. 116).

¹⁷ Medidas de proteção podem ser conceituadas como as diversas ações estatais levadas a cabo por órgãos especializados, orientadas a compensar carências materiais e/ou afetivas que afetem as crianças e adolescentes e que tenham sido geradas por uma situação de grave desestruturação ou conflito familiar ou pela inexistência de uma família nuclear ou extensa. O objetivo fundamental destas medidas é reverter a situação de desproteção que atravessa uma criança ou um adolescente, por meio da restituição de seus direitos fundamentais (REPÚBLICA DEL PERÚ, 2010, p. 48).

Tais medidas de proteção devem estar regulamentadas a partir da técnica de gradação (ou seja, de maior ou menor intensidade quanto ao grau de ingerência na autonomia familiar) pautada por critérios de urgência e gravidade da situação de violação constatada. Podem, por exemplo, corresponder apenas a uma advertência ou orientação dirigida aos pais, passando pela inclusão da família em programas oficiais de fortalecimento de vínculos, visitas domiciliares, atendimento psicossocial e/ou de saúde, e chegando, por fim, nas situações mais extremas e excepcionais, à própria separação do grupo familiar, seguida do encaminhamento da criança a uma entidade ou instituição de acolhimento ou, ainda, a uma família acolhedora.

Por fim, três pontos merecem destaque, de acordo com o entendimento pacífico compartilhado entre a Comissão IDH, a Corte IDH e o Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o Estado não deve agir apenas quando falha a família no cumprimento da responsabilidade parental e dos deveres de cuidado, educação e proteção, mas deve, a todo tempo, favorecer, da forma mais ampla possível, o desenvolvimento e fortalecimento do núcleo familiar como um todo (por exemplo, mediante garantia de acesso a serviços essenciais e bens sociais necessários ao gozo de uma vida com dignidade), respeitando, inclusive, a cultura e os costumes locais. Trata-se do dever de prevenção atribuído aos Estados por força de sua posição de garante (dimensão objetiva do direito à convivência familiar).

Em segundo lugar, as medidas especiais de proteção devem ter por objetivo, *exclusivamente*, a preservação e restituição dos direitos da criança, incluindo o direito à convivência familiar, e a superação das circunstâncias que tenham originado a adoção da medida de proteção¹⁸ (ONU, 2009, Diretriz 14). Esse objetivo deverá regular as diversas modalidades de medidas especiais de proteção, assim como seu conteúdo, aplicação e revisão.

E em terceiro lugar, embora a proteção integral de crianças e adolescentes seja um fim legítimo e possa efetivamente conduzir a restrições dos direitos de seus genitores e demais

¹⁸ As medidas especiais de proteção, portanto, não podem ser concebidas, nem em seu desenho nem em sua aplicação, como uma sanção aos pais no exercício de suas funções parentais. Tampouco podem ser entendidas como uma medida de correção para aquelas crianças em relação às quais se considere que possuam dificuldades de conduta ou são consideradas “rebeldes” ou com problemas de comportamento ou adaptação social ou envolvidos em conflitos de adaptação no meio familiar, escolar ou social.

familiares, essas restrições de modo algum prescindem de uma adequada justificação¹⁹, que avaliará os comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e desenvolvimento da criança conforme cada caso, além dos danos ou violações reais e provadas, e não especulativas ou imaginárias²⁰ (CIDH, 2013, p. 73).

Para que a restrição seja legítima, portanto, sua fundamentação deverá explicitar a *adequação ou relação de causalidade* entre a decisão adotada e os fatos concretamente apurados, já que motivações “especulativas e abstratas” – ou a citação meramente nominal do suposto atendimento ao interesse superior da criança – não são suficientes para justificar a decisão das autoridades²¹. Supõe-se, portanto, a determinação e aplicação de uma medida especial de proteção *idônea, adequada e individualizada*, que considere as necessidades reais de proteção da criança como indivíduo em seu contexto particular.

Todos esses critérios devem ser observados pelo Estado com redobrada cautela e diligência, na medida em que, por se cuidar da vida de crianças e adolescentes, medidas ilegítimas e arbitrárias poderão ocasionar danos graves e irreversíveis ao desenvolvimento desses sujeitos.

5.1 CONTROLE DOS OBJETIVOS ALMEJADOS E A "RESERVA-INCUMBÊNCIA"

Como visto acima, ao impor restrições ao direito à convivência familiar, o legislador não possui uma ampla liberdade para escolher propósitos que pretende, com tais restrições, concretizar; será obrigado a vincular eventuais restrições ao propósito determinado pelo constituinte: a proteção integral das crianças e adolescentes²². Qualquer outro propósito que sirva de pretexto para uma restrição ao direito à convivência familiar será ilegítimo (como, por exemplo, o castigo dos pais, a imposição de determinada religião, a tutela da moral e dos bons costumes etc.).

¹⁹ Cf. tópico 4.1.

²⁰ Cf. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile (2012), parágrafo. 109; Caso Forneron e hija vs Argentina (2012), parágrafo. 50.

²¹ Cf. Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile (2012), parágrafo. 100.

²² Praticamente todas as normativas que versam sobre direitos da criança e do adolescente, ao se referirem à “proteção integral” desses sujeitos ou à garantia de seu “desenvolvimento integral” repetem a seguinte fórmula explicativa do termo “integral”: “oportunidades e facilidades que propiciem o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e em condições de liberdade e dignidade” e, por consequência, protegidas “contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração”.

Há quem entenda que esse tipo de vínculo específico, chamado de “reserva-incumbência”, é ainda mais intenso que o vínculo criado pelas chamadas reservas legais qualificadas,²³ pois ligado dogmaticamente ao dever estatal de tutela²⁴ (MARTINS, 2012, p. 202). Em outras palavras, enquanto no caso da reserva legal qualificada o constituinte apenas nomeia o propósito que o legislador ordinário pode perseguir (não o obrigando a persegui-lo), no caso da chamada “reserva-incumbência” o propósito deve ser ativamente perseguido, por corresponder a um dever estatal de tutela – no caso, o dever de proteção integral de crianças e adolescentes.

Desse modo, podemos afirmar que o primeiro parâmetro de controle das intervenções no direito à convivência familiar diz respeito ao propósito da intervenção, que deverá estar fundamentado e documentado de modo a comprovar a própria legitimidade da intervenção.

5.2 O INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA

A grande maioria da doutrina e da jurisprudência, assim como os próprios tratados e convenções sobre direitos humanos, estruturam todos os direitos e deveres relativos a crianças e adolescentes em torno da ideia (ainda bastante obscura e pouco esclarecida) de *interesse superior da criança*²⁵. Defendem que tanto os deveres do Estado, da sociedade e da família em torno da proteção integral de crianças e adolescentes devem observar seu interesse superior, como também todas as eventuais restrições em seus direitos apenas podem ser justificadas se adotadas para atender a esse mesmo interesse superior.

Especificamente em relação às possíveis restrições no direito à convivência familiar, concebe-se que o interesse superior deve guiar a regulamentação das medidas proteção, assim

²³ “Há quem entenda que a possibilidade de restringir um direito fundamental por meio de legislação ordinária dependerá da forma como a Constituição se refere a essa legislação. Para quem segue essa linha, há direitos fundamentais submetidos a *reserva legal simples*, que seriam aqueles direitos garantidos por dispositivos constitucionais que mencionam de forma genérica a possibilidade de intervenção legal em seu âmbito (...). Outras menções à lei são consideradas como *reserva legal qualificada*, nos casos em que à lei caberia regular um único aspecto ou fomentar um objetivo específico do direito em questão (...). Por fim, há direitos fundamentais *não submetidos a reserva legal nenhum*, que seriam aqueles garantidos por dispositivos que não fazem menção à lei ou qualquer outra forma de regulamentação” (SILVA, 2021, p. 118-119)

²⁴ Cf. tópico 3, que se refere à dimensão objetiva do direito à convivência familiar.

²⁵ A respeito das críticas sobre o uso do superior interesse da criança para interpretações *contra legem* v. MELO, 2020; PAULA, 2002; SARAIVA, 2004. Ver também Comentário Geral nº 14 sobre o direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (2013)

como a fixação dos conteúdos concretos da medida de proteção individualizada para a criança, sua modificação ou sua revogação.

Entretanto, persiste a dúvida fulcral: *qual o conteúdo concreto do princípio do interesse superior da criança?*

No julgamento do caso “Ramírez Escobar e outros vs Guatemala” (2018) a Corte IDH afirmou que:

o melhor interesse da criança está fundado na própria dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças, e na necessidade de participar do seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento das suas potencialidades. A Corte destacou que a determinação do melhor interesse da criança, em casos de cuidado e custódia de menores de idade, deve ser feita a partir da avaliação dos comportamentos parentais específicos e o seu impacto negativo no bem-estar e desenvolvimento da criança, segundo o caso, os danos ou riscos reais, comprovados e não especulativos ou imaginários, e o bem-estar da criança. Portanto, não são admissíveis especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de determinados conceitos tradicionais de família (p. 95).

Ademais, tanto a Corte quanto a Comissão Interamericana já se manifestaram no sentido de que o interesse superior não pode ser aplicado para buscar justificar decisões verdadeiramente discriminatórias acerca de outras pessoas e seus direitos ou que sejam baseadas em preconceitos e estereótipos sociais acerca de determinados comportamentos (a exemplo do uso de drogas) ou grupos de pessoas (a exemplo das pessoas em relacionamentos homoafetivos, das pessoas egressas do sistema prisional, das pessoas com deficiência etc).

Nesse sentido, a Corte já afirmou que “uma determinação a partir de presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder garantir e promover o bem-estar e desenvolvimento da criança não são adequadas para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior da criança”.²⁶ Nesse sentido, por exemplo, condições de pobreza ou qualquer forma de exclusão social que afetem os progenitores tampouco podem, por si mesmas, constituírem um motivo suficiente para separar uma criança de seus genitores,

²⁶ Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile (2012), parágrafo 111.

invocando para tanto o princípio do interesse superior (Opinião Consultiva nº 17/2002, parágrafo 76).

Portanto, a Comissão Interamericana observa que a correta determinação de qual seja o interesse superior em cada situação ou contexto concreto deverá realizar-se com base na comprovação e avaliação objetiva das condições em que se encontre a criança e a afetação que as circunstâncias provocam no gozo de seus direitos, seu bem-estar e desenvolvimento integral. Daí porque a CIDH concluir que não é suficiente a mera referência de que o interesse superior da criança foi levado em consideração no momento da adoção de uma decisão, senão que este deverá ser objetivamente justificado com base em considerações que tenham sido constatadas em relação às circunstâncias concretas e pessoais da criança e de sua família.

De acordo com a Relatoria sobre os Direitos da Infância da Comissão Interamericana:

A propósito, a Comissão e a Corte já assinalaram que a utilização desse princípio para justificar decisões que afetem a criança e sua família não deve ser feita 'em abstrato' ou de modo exclusivamente nominativo. A determinação de qual seja o interesse superior da criança em cada caso concreto deverá ser realizada de modo fundamentado e estar justificada com base na proteção dos direitos da criança, assim como estar referida e sustentada no procedimento, com a documentação que foi relevante e pertinente para a sua determinação. O Comitê dos Direitos da Criança também observou com preocupação que, por vezes, o interesse superior é invocado para justificar decisões que são inclusive contrárias aos seus direitos (CIDH, 2013, p. 72).

Há, ainda, uma complementariedade importante entre o princípio do interesse superior e o direito da criança de ser ouvida e de ter suas opiniões devidamente levadas em consideração em função de sua idade e maturidade (art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança). O próprio Comitê sobre os Direitos da Criança assinala que “não é possível uma aplicação correta do artigo 3º se não forem respeitados os componentes do artigo 12”, bem como que o artigo 3º reforça a própria funcionalidade do artigo 12 ao facilitar o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem suas vidas.²⁷

²⁷ Cf. Comentário Geral nº 12 (2009, parágraf. 74) e Comentário Geral nº 14 (2013, parágraf. 43).

Ao mesmo tempo, o Comitê também entende relevante para a correta determinação do interesse superior da criança escutar os pais, a família extensa e outras pessoas que tenham contato direto com a criança ou que sejam relevantes em sua vida²⁸.

5.3 CLÁUSULAS GERAIS, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Para que a ingerência na vida familiar esteja de acordo com os parâmetros do direito internacional dos direitos humanos, eventual separação de uma criança por ato do poder público apenas poderá ocorrer sob circunstâncias excepcionais, quando existirem razões determinantes para tanto em função do interesse superior da criança. Por essa razão, os Estados têm o dever de regular as causas que justifiquem essa separação por motivos de proteção.

É fundamental, portanto, que as medidas de proteção especial que impliquem a separação de uma criança de seus pais ou familiares sejam aplicadas de acordo com o *princípio da legalidade* e com respeito às garantias processuais decorrentes da cláusula do devido processo legal (art. 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos).²⁹

Tanto a Corte quanto a Comissão Interamericana reconhecem a necessidade de que qualquer decisão que implique um limite ao direito à convivência familiar deve ser motivada com base em critérios objetivos (especialmente em relação às causas autorizadoras) e que estejam pré-estabelecidos em lei.

A Comissão reconhece, por outro lado, que muitos ordenamentos jurídicos da América Latina regulam as causas que podem motivar uma separação familiar mediante a utilização de categorias genéricas ou abertas, com o objetivo de permitir uma flexibilidade na tomada de decisão por parte das autoridades competentes. Entretanto, afirma também que essas mesmas categorias abertas e indeterminadas podem dar lugar a arbitrariedades na aplicação da lei.³⁰

²⁸ Comentário Geral nº 12 (2009, parágrafo. 74)

²⁹ Conforme visto acima, a Convenção sobre os Direitos da Criança garante que meninos e meninas não sejam separados de seus pais contra a vontade destes, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança (art. 9º). A própria convenção desde logo enumera, em rol exemplificativo, situações que podem ensejar a ruptura familiar, como nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

³⁰ Cf. Caso Atala Rizzo y Niñas vs Chile (2012, parágrafos. 109 a 111, 121 e 124 a 127).

A própria Corte Interamericana já decidiu que nem toda regulamentação normativa é idônea e suficiente para justificar a restrição de um direito. A regulamentação, para além de buscar um fim legítimo, deve ser *objetiva, razoável e previsível* para que esteja de acordo com os ditames da Convenção, de tal modo que sejam reduzidas as possibilidades de arbitrariedades em sua aplicação³¹. As causas legais devem retratar uma situação de vulneração de direitos que possa ser revertida mediante a implementação de medidas especiais de proteção que desponham para desenvolver ou potencializar as capacidades de cuidado e assistência dos pais em relação aos seus filhos.

A lei ou as normas que regulamentem as possíveis formas de intervenção do Estado mediante aplicação de medidas especiais de proteção devem conter critérios técnicos de caráter objetivo a serem levados em consideração no momento da avaliação da situação de desproteção em que se encontra a criança ou o adolescente (CIDH, 2013, p.81).

5.3.1 A Criança "Em Situação de Risco"

Como visto acima, o princípio da legalidade impõe que uma medida de proteção apenas possa ser aplicada diante de uma situação concreta e grave de desproteção ou violação de direitos em que se encontre a criança, prevista anteriormente pela lei como causa autorizadora da intervenção estatal.

Uma das grandes preocupações corresponde ao manejo de termos como "situação de risco", "negligência" e "abandono" sem maiores rigores técnicos e para aludir a uma realidade que consubstancia verdadeira negação de direitos ao próprio grupo familiar³². Compreender melhor esses termos a partir do compartilhamento de saberes multidisciplinares e utilizá-los correta e adequadamente implica verdadeira mudança de visão e paradigma, além de orientar

³¹ Caso Gelman Vs. Uruguay (2011, párr. 125); Caso Forneron e hija Vs. Argentina (2012, párr. 116); Opinião Consultiva nº 17/02, párr. 77.

³² Importante recordar que tais categorias, na vigência do modelo tutelar, correspondiam a situações irregulares, que legitimavam a intervenção estatal ilimitada desde duas vertentes: tutela/compaixão e tutela/defesa social, a qual implicava a adoção de medidas tanto assistencialistas como repressivas, pois se entendia que as pessoas menores de idade se encontravam em uma situação perigosa (pré-delitiva) que deveria ser controlada pelo bem da sociedade (EROSA, 2000, p. 140). Nesse contexto, crianças que se encontrassem nestas circunstâncias deveriam ser objeto de controle social, enquanto seus pais e mães eram usualmente sancionados mediante a perda do poder familiar pelo descumprimento das responsabilidades parentais, sem se levar em consideração as causas sociais estruturais e subjacentes que pudessem determinar a aludida "situação de abandono" (REPÚBLICA DEL PERÚ, 2011, p. 43).

a modificação de práticas institucionais que permitam concretizar o direito à viver em uma família.

Especificamente em relação à noção de risco em contraposição à ideia de *abandono* (compreendida como situação concreta de violação de direitos da criança), interessante problematização é retratada no informe defensorial da “Defensoría del Pueblo” da República do Peru (2011):

(...) o risco faz referência a uma situação que precede ao abandono. Com efeito, a acepção gramatical alude à ‘contingência ou proximidade de um dano’, enquanto que no âmbito da intervenção social, o risco ‘inclui o incremento da probabilidade de um resultado negativo ou consequência negativa dentro de uma população de indivíduos’ (p. 46).

Supondo que a situação de risco difere de uma efetiva situação de violação de direitos, então também as modalidades de intervenção em um ou em outro caso devem ser distintas. Desse modo, frente a uma *situação de risco*, corresponderia idealizar e executar políticas e ações preventivas³³, enquanto frente a uma *situação de vulneração de direitos* das crianças, seria necessário adotar ações ou medidas de proteção, uma vez que a afetação de seus direitos não constitui, neste caso, apenas uma probabilidade, senão uma certeza (REPÚBLICA DEL PERÚ, 2011, p. 46).

Em outras palavras, uma medida que implique a separação de um grupo familiar (alto grau de ingerência no direito à convivência familiar) jamais poderia ser justificada apenas diante de uma *situação de risco*, tal como acima definida, já que o risco, neste caso, retrata apenas uma probabilidade de violação de direitos, a ensejar tão somente medidas de caráter preventivo.

Em suma, a identificação correta de ambas as situações constitui uma diretriz para os operadores sociais e jurídicos, pois a determinação de uma ou outra situação orientarão de

³³ Como exemplo de uma situação de risco, Gabriela Schreiner (2009, p. 4) expõe o caso de uma criança de cinco anos de idade que permanece todo o dia em seu lar cuidando do irmão menor de dois anos de idade, enquanto sua mãe – que é a única que sustenta o lar – trabalha como empregada doméstica, retorna à noite e organiza toda a casa para que no dia seguinte seu primogênito possa continuar com a tarefa de cuidar de seu irmão e de cuidar de si mesmo. Considerando o critério distintivo destas situações, as crianças se encontram em risco e não em estado de abandono, pois correm o perigo de que os vínculos familiares se rompam.

modo distinto o desenho, a elaboração e a aplicação de políticas em favor das pessoas em desenvolvimento que vivam em quaisquer dessas situações.

6 LIMITES DOS LIMITES

Como se sabe, os direitos fundamentais e os direitos humanos têm por objetivo central funcionar como mecanismos de contenção do poder estatal, de sorte que a noção de que o Estado pode restringi-los surge como uma aparente contradição do caráter vinculante dessas normas. Essa aparente incoerência “é resolvida dogmaticamente com o recurso à ideia de que a atividade limitadora do Estado deve ser, também, uma atividade limitada” (PEREIRA, 2018, p. 339).

Passou-se, assim, a dogmática constitucional a adotar a expressão *limites dos limites*. Embora não haja consenso sobre quais são, de fato, os limites às restrições que possam incidir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, essa expressão passou a ser largamente empregada na doutrina europeia (e também brasileira) para prescrever as barreiras às atividades legiferante e administrativa por parte dos Poderes Públicos. Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 340) cita como exemplos de limites dos limites a regra da proporcionalidade e do respeito ao conteúdo essencial, o princípio da reserva legal, a proibição de que as leis restritivas versem sobre um só caso e o comando no sentido de que a lei mencione o direito fundamental restringido.

No presente artigo, os limites dos limites serão apresentados de modo diferente, embora dogmaticamente vinculados aos demais conceitos mencionados. Por opção didática, cada um dos limites indicados nos tópicos seguintes, colhidos diretamente das normativas internacionais, opiniões consultivas, comentários gerais e jurisprudência da Corte IDH, serão referidos a partir de seu conteúdo material, para facilitar sua assimilação.

6.1 A PRIMAZIA DA FAMÍLIA DE ORIGEM E A EXCEPCIONALIDADE DA INSERÇÃO DE CRIANÇAS EM FAMÍLIAS SUBSTITUTAS

De acordo com a Declaração das Nações Unidas sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças (1986), “como primeira prioridade, a criança deve receber cuidados de seus próprios pais” (art. 3º) e “quando os pais da criança não posam

cuidar dela ou seus cuidados sejam impróprios, deve ser considerada a possibilidade de que os cuidados sejam encarregados a outros familiares (art. 4º).

O próprio objetivo da adoção, de acordo com a referida Declaração (“o objetivo fundamental da adoção consiste em que a criança que não possa ser cuidada pelos seus próprios pais tenha uma família permanente”) pressupõe a primazia da família de origem para a garantia do direito à convivência familiar.

Esse objetivo é reforçado pelas Diretrizes da ONU sobre Cuidados Alternativos à Criança (2009), concebidas justamente para apoiar esforços para manter as crianças com suas famílias de origem ou retorná-las aos cuidados destas e, quando isso não for viável, encontrar uma solução adequada e permanente, inclusive por meio de adoção ou da kafala da lei islâmica (Diretriz 2, “a”). Nesse sentido, aludido documento dispõe que:

Sendo a família o núcleo fundamental da sociedade e o ambiente natural para o crescimento, o bem-estar e a proteção das crianças, os esforços devem-se voltar primariamente para possibilitar que uma criança permaneça no seio da família ou retorne aos cuidados dos pais ou, quando apropriado, de parentes próximos. Ao Estado, cabe a responsabilidade de assegurar que as famílias tenham acesso aos meios necessários de apoio em sua função de prestadoras de cuidados (Diretriz 3).

Daí porque tanto a Corte IDH como a CIDH estabelecem que a família à qual toda criança tem direito é, principalmente, a sua família biológica, a qual inclui não apenas os pais biológicos, mas também familiares próximos (família ampliada).³⁴ Trata-se, inclusive, de uma das dimensões do próprio direito ao nome e à identidade da criança.³⁵

De acordo com a Comissão IDH (2013, p. 24) as crianças têm o direito a viver com sua família, principalmente sua família biológica³⁶, e a que as medidas de proteção que devem ser dispensadas pelo Estado, reconhecidas no art. 19 da Convenção Americana, priorizem o fortalecimento da família como elemento principal de proteção e cuidado da criança e do

³⁴ O Comitê sobre os Direitos da Criança já enfatizou que os benefícios de manter os meninos e meninas com suas famílias são indiscutíveis em termos de saúde, bem-estar, felicidade e de seu interesse superior. Ademais, o custo de apoiar as famílias para que mantenham seus filhos em casa é substancialmente menor que a institucionalização destes Cf. Estudo sobre a violência contra as crianças, p. 208. Disponível em: <https://unviolencestudy.org/spanish/index.htm>

³⁵ Cf. tópico 2, supra.

³⁶ Caso Forneron y hija vs Argentina (2012)

adolescente. Nesse sentido, os Estados estão obrigados a favorecer, da maneira mais ampla possível, o desenvolvimento e fortalecimento do núcleo familiar como medida de proteção à criança. Disso se infere a necessidade de que os Estados contem com um sistema nacional de proteção de direitos que inclua políticas de apoio, fortalecimento e assistência familiar, que levem em consideração o papel das famílias como âmbito natural no qual se desenvolvem as crianças e onde se lhes proporciona o cuidado e a proteção necessária para o seu desenvolvimento integral e harmonioso.³⁷

No julgamento do Caso Forneron e filha vs Argentina (2012), foi ouvido, na condição de perito, o célebre jurista Emílio Garcia Méndez, que, a respeito da primazia da família de origem na garantia do direito à convivência familiar destacou:

O direito da criança a crescer com sua família de origem é de fundamental importância e resulta de um dos standards normativos mais relevantes derivados dos artigos 17 e 19 da Convenção Americana, assim como dos artigos 8º, 9º, 18 e 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Daí extrai-se que a família que todo menino e menina tem direito é, principalmente, a sua família biológica, incluindo os familiares mais próximos, a qual deve brindar a proteção à criança e, por sua vez, deve ser objeto primordial de medidas de proteção por parte Estado. Por consequência, na falta de um dos pais, as autoridades judiciais se encontram na obrigação de buscar o pai ou a mãe ou outros familiares biológicos (p. 119).

Desse modo, em casos que envolvem a proteção e efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, as autoridades judiciais têm a obrigação de esgotar todas as tentativas de manutenção da criança com membros de família biológica (natural ou extensa) com os quais possua vínculos de afeto. Mas não apenas eles. Também outras pessoas significativas para a criança, em virtude da existência de intenso vínculo de afeto e afinidade, também devem ser buscadas para assumir seus cuidados.³⁸

³⁷ Seguem essa mesma lógica vários dos Comentários Gerais expedidos pelo Comitê dos Direitos da Criança que abordam temáticas relacionadas ao papel da família no cuidado e proteção de crianças, bem como o dever de apoio do Estado, dentre os quais o Comentário Geral nº 3 (HIV/AIDS e os direitos da criança), o Comentário Geral nº 4 (Saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os direitos da criança), o Comentário Geral nº 7 (realização dos direitos da criança na primeira infância), o Comentário Geral nº 8 (o direito da criança à proteção contra castigos físicos e outras formas de castigos cruéis e degradantes), o Comentário Geral nº 9 (direitos da criança com deficiência) e o Comentário Geral nº 13 (Direito da criança a não ser objeto de nenhuma forma de violência)

³⁸ V. tópico 5.1.2.

6.1.1 Separação Familiar e Vulnerabilidade

Conforme visto acima, para que uma medida de separação entre a criança e sua família possa ser considerada constitucional e convencionalmente fundamentada, deve não apenas estar fundamentada na necessidade de superação de uma situação de ameaça ou violação de direitos, mas deve também decorrer da prática de uma conduta voluntária e dolosa por parte da família que torne temporariamente inviável a manutenção da criança ou do adolescente em seu seio.

Nesse sentido, circunstâncias alheias à vontade dos pais ou situações que possam ameaçar ou violar direitos das crianças, mas que não decorram diretamente de uma conduta atribuível aos genitores – como as privações materiais e outras vulnerabilidades socioeconômicas – jamais podem fundamentar a intervenção do Estado para retirar uma criança de seus cuidados. Trata-se, pois, de mais um importante limite às restrições no âmbito de proteção do direito à convivência familiar.

A propósito, a Corte Interamericana já pacificou o entendimento de que a pobreza³⁹ não pode ser, por si só, a causa da separação da criança de seus pais e a consequente privação de outros direitos consagrados na Convenção, mas deve ser considerada, isto sim, um indício da necessidade da adoção de medidas de apoio à família (Opinião Consultiva n. 17/02, p. 76).⁴⁰ Aliás, a Carta da OEA, em seu artigo 2º, declara que um dos propósitos essenciais da

³⁹ A Comissão Interamericana e a Relatoria Especial sobre a Extrema Pobreza e Direitos Humanos das Nações Unidas entendem que a pobreza em si mesma é um problema de direitos humanos urgente por afetar a dignidade humana e ser, simultaneamente, a causa e a consequência de violações de direitos humanos, consubstanciando uma condição que conduz a outras violações. Caracteriza-se, ainda, por vulnerações múltiplas e interconexas dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de sorte que as pessoas que vivem em situação de pobreza enfrentam enormes obstáculos de natureza física, econômica, cultural e social para exercer seus direitos. Por consequência, sofrem muitas privações que se relacionam entre si e se reforçam mutuamente, como condições perigosas de trabalho, moradia insalubre, falta de alimentos nutritivos, acesso desigual à justiça, falta de poder político e limitado acesso à atenção em saúde – circunstâncias que fazem perpetuar a situação de pobreza vivida, enclausurando-as em um verdadeiro ciclo vicioso de impotência, estigmatização, discriminação, exclusão e privação material (CIDH, 2013, p. 44).

⁴⁰ Vale destacar que, embora o Estatuto da Criança e do Adolescente preveja expressamente que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar (art. 23), não há uma regra específica que proíba a separação familiar ou mesmo a institucionalização de crianças e adolescentes em razão da situação de pobreza vivida pela família. Entretanto, à luz da jurisprudência da Corte IDH, é possível interpretar extensivamente o art. 23 do Estatuto, extraindo também dele a regra de proibição de qualquer medida que implique a separação entre crianças e seus pais ou familiares por motivos relacionados direta ou indiretamente à vulnerabilidade socioeconômica destes.

Organização dos Estados Americanos é a erradicação da pobreza crítica, ao passo que a Carta Democrática Interamericana assinala que os Estados membros da OEA se comprometem a adotar e executar todas as ações necessárias para a redução da pobreza e erradicação da pobreza extrema, levando-se em consideração as diferentes realidades e condições econômicas dos países do hemisfério (art. 12).

No mesmo sentido, as Diretrizes sobre Modalidades Alternativas de Cuidado enfatizam que a pobreza econômica e material, ou as condições imputáveis direta e exclusivamente a essa pobreza, não devem ser nunca a única justificativa para se separar uma criança do cuidado de seus pais, para receber uma criança em acolhimento alternativo ou para impedir sua reintegração em seu meio familiar; essa circunstância deve ser considerada como indício da necessidade de se proporcionar à família apoio apropriado (Diretriz nº 14).

O Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança já demonstrou grande preocupação com o fato de que as circunstâncias socioeconômicas das famílias sejam o principal motivo que subjaz uma elevada porcentagem de casos nos quais as autoridades públicas adotam a decisão de separar uma criança de seus pais por motivos de proteção.⁴¹ Por essa razão, instou os Estados Partes a garantir, com fundamento no art. 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que a pobreza não leve à decisão de separação e colocação da criança fora de seu lar. Recomendou, ainda, aos Estados que adotem todas as medidas necessárias para elevar o nível de vida das famílias que vivem na pobreza, entre outras formas, mediante a implementação de estratégias de redução da pobreza e desenvolvimento comunitário, que incluam a participação das crianças. Pediu, por fim, aos Estados que incrementem os esforços para proporcionar assistência material e apoio às crianças economicamente ou socialmente desfavorecidas e suas famílias.

6.1.2 Convivência com Pessoas sem Vínculos Biológicos, mas significativas para a Criança

No julgamento do caso *Irmãos Ramírez e família vs República da Guatemala* a Corte acolheu parecer pericial apresentado por Magdalena Palau Fernández, no qual se afirma:

⁴¹ Dia de Debate Geral do Comitê dos Direitos da Criança sobre a temática das crianças sem cuidados parentais, 2005, parág. 658

se alguém na família extensa não pode brindar os cuidados, também se deverá buscar no entorno afetivo da criança, ou seja, parentes não consanguíneos com quem a criança tenha vínculo afetivo (...). Apenas quando todas essas alternativas anteriores tenham sido consideradas, investigadas suficientemente e descartadas, em seguida, dever-se-ia pensar em uma alternativa de cuidado por parte de pessoas desconhecidas ou alheias à criança.

O chamado “acolhimento informal”, de acordo com o entendimento da Comissão IDH, supõe um arranjo particular de iniciativa dos genitores, da própria criança, de seus familiares ou de outra pessoa, pelo qual a criança passa a estar sob os cuidados e criação de uma terceira pessoa sem que haja conhecimento ou chancela por parte das autoridades públicas (CIDH, 2013, p. 124).

Esses arranjos podem ser formados por pessoas da própria família ampliada, mas também por pessoas que não necessariamente tenham uma relação de parentesco ou um vínculo direto ou prévio com a criança e sua família. Estas situações, muitas vezes, decorrem de práticas sociais ou culturais que podem determinar uma maior aceitação social de certos modelos ou arranjos relacionados com a criação de filhos.

A Comissão IDH não negligencia o fato de que muitas situações informais podem, na realidade, ocultar graves violações de direitos, como o trabalho infantil doméstico, manutenção de crianças em cárcere privado e em posição de escravidão e a exploração sexual de crianças e adolescentes. No entanto, a própria Organização das Nações Unidas (2009, Diretriz 17) reconhece que, na maioria dos países, as crianças privadas de cuidados parentais são cuidadas informalmente por parentes ou terceiros, de modo que o Estado, ao invés de optar prematuramente pela separação do agrupamento e institucionalização da criança, deve conceber meios adequados para assegurar o bem-estar e a proteção das pessoas em desenvolvimento enquanto estiverem sujeitas a tais cuidados informais, levando em conta o respeito às diferenças e práticas culturais, econômicas e religiosas que não contrariem os direitos e o melhor interesse da criança.

6.2 EXCEPCIONALIDADE, NECESSIDADE DE TEMPORALIDADE DAS MEDIDAS QUE IMPLIQUEM A RUPTURA FAMILIAR

Como dito, frente às circunstâncias particulares enfrentadas por uma família no desempenho de sua responsabilidade de criação e proteção de crianças e adolescentes, poderá se originar o dever por parte do Estado de adotar uma medida especial de proteção tendente

a apoiar a família para superar a situação adversa vivida. Todavia, em alguns casos mais graves e extremos, as autoridades deverão tomar medidas especiais de proteção que podem implicar a separação entre a criança e sua família.

Sucedem que, como visto em capítulo anterior⁴², o direito à família, reconhecido no art. 11.2 da Convenção Americana, no art. V da Declaração Americana, no art. 12.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, no art. 17 do PIDCP e no art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, tem como um de seus conteúdos a possibilidade de defesa em face de qualquer intromissão ilegítima ou ingerência arbitrária na vida familiar.

Assim, de acordo com o entendimento compartilhado entre a Comissão e a Corte IDH, a necessária ponderação entre os direitos contidos nos arts. 17.1 e 11.2 da CADH, de um lado, e o art. 19 da Convenção, de outro, leva ao reconhecimento dos princípios da *necessidade, excepcionalidade e temporalidade*, que devem orientar a aplicação e revisão das medidas especiais de proteção que suponham a separação da criança de sua família por motivos relacionados à sua proteção.

6.2.1 O Princípio da Necessidade

Uma medida que implique a separação entre crianças e seus pais deve ser estritamente necessária para a proteção da criança e para a garantia de seu bem-estar, diante das específicas circunstâncias de um caso concreto, quando isso não seja possível dentro do âmbito familiar. O elemento da necessidade pode decorrer da gravidade das condições de desproteção enfrentadas por uma criança ou pela urgência extrema de se lhe prover um entorno seguro diante das violações sofridas.

Os elementos de necessidade e idoneidade da medida de proteção devem estar, ademais, sempre justificados e documentados na decisão que a adote. Essa decisão deve estar fundamentada nas avaliações técnicas realizadas por parte das equipes multidisciplinares que levem em consideração as condições e circunstâncias individualizadas da família, sobretudo a capacidade real e potencial da família para cuidar da criança (ONU, 2009, Diretriz nº 39).

A necessidade deve estar presente não apenas no momento de se decidir pela aplicação da medida que enseje a institucionalização de uma criança, mas deve persistir a todo tempo,

⁴² V. tópico 3.

enquanto perdure a medida especial de proteção. Em outras palavras, para que a medida seja idônea e legítima, deve ser possível verificar, a todo momento, a existência ou persistência da sua real necessidade, de acordo com os elementos concretos presentes na dinâmica familiar da criança.⁴³ Tal intento é atingido por meio de revisões ou reavaliações periódicas.

A exigência de revisões periódicas das medidas de proteção aplicadas tem como finalidade aferir se a medida cumpriu ou vem contribuindo para o cumprimento de seu objetivo e, portanto, se atende ao interesse superior da criança. Por outro lado, ao se exigir a reavaliação periódica, também se permite que a reintegração familiar, quando o caso, possa ocorrer tão logo quando identificada a superação dos fatos que ensejaram a medida.

6.2.2 O Princípio da Excepcionalidade

No entendimento da Comissão e da Corte IDH, uma medida especial de proteção apenas será *idônea e legítima* quando se assentar no princípio da excepcionalidade. O princípio da excepcionalidade implica que, previamente à separação entre a criança e seus genitores, tenham sido empregados todos os esforços possíveis para apoiar e assistir o grupo familiar no exercício do cuidado adequado, proteção e criação da criança.

Por consequência, os Estados devem regular e adotar medidas positivas e prestacionais tendentes a garantir a efetiva vigência dos direitos contidos nos arts. 19 e 17.1 da Convenção Americana, incluídas as ações de prevenção contidas nos planos nacionais, programas e serviços de apoio e fortalecimento da família, assim como as intervenções individualizadas para apoiar os genitores e a família da criança (ONU, 2013, p. 77).

De acordo com a Relatoria sobre os Direitos da Infância da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Para que uma ingerência esteja de acordo com os parâmetros da Convenção Americana, a separação deve acontecer apenas em circunstâncias excepcionais, quando existirem razões determinantes para tanto, em função do interesse superior da criança. Ademais, para dar adequado cumprimento ao art. 11.2 da Convenção e V da Declaração relativos à proibição de ingerências ilegítimas ou arbitrárias na vida familiar, a determinação da ocorrência das circunstâncias que justifiquem a adoção destas medidas de cuidado alternativo deve ser feita pela autoridade competente em conformidade com a lei e com os procedimentos

⁴³ No direito brasileiro, essa faceta do princípio da necessidade é também conhecida como princípio da atualidade, previsto expressamente no art. 100, parágrafo único, inciso VIII, do ECA.

aplicáveis, com estrito respeito às garantias do devido processo e deve estar sujeita à revisão judicial. Adicionalmente, em caso de se produzir uma separação de uma criança de seu núcleo familiar, o Estado deve fazer todo o possível para preservar esse vínculo temporariamente restringido e orientar suas ações no sentido da reintegração da criança a sua família e sua comunidade, sempre que isso não seja contrário ao interesse superior. A Corte Interamericana tem sido muito clara ao estabelecer que nessas situações, a criança deve ser devolvida aos seus pais tão logo permitam as circunstâncias (OEA, 2013, p. 27).

A retirada de uma criança do seio de sua família de origem deve ser considerada, portanto, como último recurso (*ultima ratio*) e deve ser, sempre que possível, temporária e pelo menor prazo possível.

Da regra da excepcionalidade também se extrai o *princípio da diligência excepcional*. De acordo com a Comissão IDH, o Estado deve atuar com maior diligência, cuidado e responsabilidade quando sua atuação puder atingir a vida de crianças e adolescentes. Essa excepcional diligência é justificada tanto pela importância conferida pelo direito internacional dos direitos humanos ao papel da família, quanto pela gravidade e, por vezes, pela irreversibilidade e irreparabilidade dos danos que podem ser provocados à criança na sua relação com os genitores e demais familiares, em especial para crianças na primeira infância, em virtude da separação⁴⁴ (CADH, 2013, p. 87).

O dever de excepcional diligência, outrossim, deve ser observado desde as primeiras análises das circunstâncias que rodeiam e afetam a criança, passando pela valoração objetiva dos impactos que estas têm sobre seus direitos, até a justificação das decisões, celeridade na sua prolação e sua oportuna revisão. Esse *standard* de diligência excepcional requer que todas as autoridades intervenientes o respeitem tanto autoridades administrativas quanto judiciais.

⁴⁴ Estudos sobre desenvolvimento infantil mostram que os efeitos da institucionalização podem incluir prejuízos à saúde física, graves atrasos no desenvolvimento e danos psicológicos potencialmente irreversíveis. Os efeitos, ademais, são tanto mais severos quanto mais se prolongue a institucionalização e quanto mais deficientes são as condições da instituição. Esses possíveis impactos prejudiciais e de longo prazo às crianças acolhidas em tais instituições podem ser atribuídos a vários fatores, dentre os quais a ausência de um cuidador principal com quem a criança possa criar um vínculo afetivo positivo e relevante, a falta de estímulos e atividade construtiva, o acesso limitado aos serviços básicos, o isolamento em relação à família de origem e à comunidade (CADH, 2013).

6.2.3 O Princípio da Temporalidade

As decisões sobre retirada devem ser revistas periodicamente e o retorno da criança aos cuidados parentais deve ser assegurado tão logo as causas de sua retirada estejam resolvidas ou eliminadas.

A Comissão entende que a lei deve fixar expressamente a periodicidade com a qual as medidas especiais de proteção devem ser revistas, com o objetivo de dar efetivo cumprimento aos princípios da excepcionalidade e da temporalidade que regem essa matéria. Isso é particularmente importante quando levamos em consideração a importância do transcurso do tempo na vida das crianças, no desenvolvimento de sua personalidade, seus vínculos afetivos e sua identidade, justificando-se plenamente que esses prazos sejam breves, já que as afetações dos direitos podem chegar a ser graves e, por vezes, até irreparáveis.

6.2.4 Inserções Prematuras em Famílias Adotivas

A Corte Interamericana já enfatizou que o mero decurso do tempo nos casos de custódia de crianças pode constituir um fator que favorece a criação de vínculos com a família substituta ou com a família acolhedora. Portanto, a maior dilação dos procedimentos ou a inserção prematura de crianças e adolescentes em lares substitutos pode determinar o caráter irreversível ou irremediável da situação de fato e se tornar prejudicial para o interesse superior da criança, bem como para seus pais biológicos.

De igual modo, a permanência de uma criança em uma instituição também tende a interferir na criação e manutenção dos laços afetivos que de modo natural surgem entre as crianças e seus genitores através da convivência cotidiana e, por conseguinte, supõe uma afetação grave no direito à integridade pessoal e desenvolvimento integral da criança, bem como no direito à família e à identidade.⁴⁵

Por outro lado, a Comissão também ressalta que, embora seja importante que a lei fixe prazos breves para a tramitação de processos que digam respeito à vida das crianças, o cumprimento dos prazos legais para a emissão de uma decisão e a celeridade na tramitação dos procedimentos não deve em nenhum caso ir em detrimento do restante das garantias

⁴⁵ Caso Forneron e hija vs Argentina (2012, parágrafo. 123)

processuais, em particular o direito dos genitores e o direito da criança a serem escutados e fazer valer seus interesse no marco do procedimento (CIDH, 2013, p. 104-105).

Em especial, a decisão que determinar a inserção de uma criança em um lar adotivo deve se certificar não apenas de que todos os esforços para a manutenção da criança em sua família biológica foram esgotados, mas também que foram observados todas as garantias processuais inerentes ao devido processo legal, em especial o direito dos genitores de apresentarem fatos e provas que demonstrem a inexistência de qualquer causa prevista em lei que enseje a perda do poder familiar ou a violação de quaisquer outros dos limites indicados no presente artigo.

6.3 O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Comissão entende que a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece, em seu art. 5º, o direito da criança a exercer seus direitos por si mesma, de forma progressiva, de acordo com a evolução de suas faculdades. A ideia de autonomia progressiva pressupõe a participação *direta* da criança em todo processo de tomada de decisão a respeito de sua vida, salvo se isso não for conveniente em atenção ao seu interesse superior.

O direito de participação de crianças e adolescentes em todos os assuntos que dizem respeito às suas vidas corresponde a um dos pilares estruturantes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (art. 12) e possui relação direta com a identificação de seu interesse superior, já que “não é possível uma aplicação correta do interesse superior sem se respeitar o direito a ser ouvido, o qual inclui o direito de cada criança a expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que afetem e o subsequente direito de que essas opiniões sejam levadas em consideração, em função de sua idade e maturidade”⁴⁶.

Desse modo, para que se repute legítima a imposição de uma medida especial de proteção (sobretudo se tiver como objetivo a separação do grupo familiar) imprescindível que a criança afetada tenha possibilidade de participar ativamente de sua definição. O direito de oitiva da criança, aliás, deve estar garantido como condição tanto para a determinação da medida de proteção mais idônea, como também sua revisão, modificação ou revogação, assim como qualquer outra determinação sobre ela.

⁴⁶ Cf. Corte IDH, Caso irmãos Ramírez e família vs República da Guatemala (2018), p. 102

Recorde-se, a propósito, que crianças e adolescentes são titulares do direito de acesso à justiça em igualdade de condições em relação às demais pessoas, inclusive mediante ajustes procedimentais que facilitem e tornem os processos amigáveis à participação daqueles sujeitos.

De acordo com o Comitê sobre os Direitos da Criança, embora a Convenção sobre os Direitos da Criança mencione o dever dos Estados de garantirem o direito de oitiva a toda criança que esteja “em condição de formar seu próprio juízo”, esses termos não devem ser interpretados como uma limitação (até porque o art. 12 não impõe qualquer limitação em função da idade), senão como uma obrigação dos Estados de avaliar a capacidade da criança de formar uma opinião autônoma na maior medida possível. Isso significa que os Estados partes não podem partir da premissa que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões. Ao contrário, os Estados devem tomar como certo que a criança possui capacidade para formar suas próprias opiniões e reconhecer que têm o direito a expressá-las.⁴⁷ Não compete, portanto, à criança provar primeiro que possui essa capacidade (Comentário Geral nº 12, parágrafo. 20).

Os Estados devem, ainda, garantir que a criança forme uma opinião livre, sem influências ou pressões indevidas, bem como oferecer um entorno adequado no qual a criança se sinta segura e respeitada, criando condições para permitir que exerça seu direito a ser ouvida (Comentário Geral nº 12, parágrafo. 11, 22 e 23). Não se pode escutar eficazmente uma criança quando seu entorno seja intimidatório, hostil, insensível ou inadequado para sua idade.

O direito de participação, por outro lado, pressupõe que a criança seja informada de todos os termos dos assuntos que serão considerados ou que estão sendo tratados, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências. Isso não significa que

⁴⁷ A Corte, inclusive, reconheceu a violação ao direito de oitiva na ocasião em que uma criança “entre um e dois anos” deixou de ser ouvida em qualquer etapa do processo. De acordo com a decisão: “a Corte lembra que as crianças exercem os seus direitos por si mesmas de forma progressiva, de acordo com a sua idade e maturidade, razão pela qual os Estados devem tomar as providências pertinentes para considerar as formas não verbais de comunicação, como o jogo, a expressão corporal e facial e o desenho e a pintura, mediante os quais as crianças demonstram a capacidade de compreender, escolher e demonstrar preferências” (Caso Raímrez Escobar e outros vs Guatemala, 2018, p. 112). Sobre o dever de ouvir a opinião de bebês e crianças muito pequenas, o Comitê dos Direitos da Criança já reconheceu que: “os bebês e as crianças muito pequenas têm os mesmos direitos das demais crianças a que seja considerado o seu melhor interesse, embora não possam expressar as suas opiniões nem se representar a si próprios da mesma forma que as crianças maiores. Para avaliar o seu interesse superior, os Estados devem garantir mecanismos adequados, inclusive a representação, quando cabível; assim também com as crianças que não podem ou não querem expressar a sua opinião” (Observação Geral nº 12)

a criança deva ter um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que afete sua vida, mas uma compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto (Comentário Geral nº 12, parágrafo. 21).

O direito à informação deve também compreender esclarecimentos suficientes sobre os seus direitos, inclusive o de assistência jurídica e judiciária (representação processual adequada).⁴⁸ Aliás, as Diretrizes das Nações Unidas sobre modalidades alternativas de cuidado de crianças também determinam que o Estado deve assegurar que qualquer criança colocada sob cuidados alternativos por uma corte, tribunal ou outro órgão competente tenha oportunidade de contestar a decisão, bem como ser informada acerca desse direito de contestação e ser auxiliada a fazê-lo (ONU, 2009, Diretriz 65).

Por fim, o art. 12 da Convenção pressupõe também o direito da criança a não exercer esse direito (direito ao silêncio), já que para a criança, expressar suas opiniões é uma opção, não uma obrigação (Comentário Geral nº 12, parágrafo. 16).

6.3.1 O/A Advogado/A ou O/A Defensor/A da Criança

Tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana, respaldadas por documentos normativos como as Diretrizes sobre Cuidados Alternativos (ONU, 2009) têm enfatizado o dever dos Estados de garantirem representação processual autônoma da criança e do adolescente nos processos judiciais ou administrativos que tenham por objetivo a definição de uma ou mais medidas especiais de proteção, nos termos do art.19 da CADH. Tal representação processual autônoma tem sido compreendida a partir da figura do/a chamado/a “defensor/a ou advogado/a da criança”.

De acordo com as Diretrizes, as decisões sobre cuidados alternativos no melhor interesse da criança devem ser tomadas em consonância com procedimentos judiciais, administrativos ou outro procedimento adequado e reconhecido, incluindo, quando for apropriado, representação legal em nome das crianças em qualquer processo legal (Diretriz 56).

Deve-se, portanto, garantir uma representação direta da criança com a finalidade de reforçar a garantia do princípio do interesse superior da criança e o exercício efetivo de seus

⁴⁸ Cf. item 5.3.1

direitos materiais e processuais (CIDH, 2013, p. 115).⁴⁹ Sobre esse tema, o Comitê dos Direitos da Criança insta os Estados Partes a que estabeleçam disposições para que as crianças, em todos os processos legais, sejam representadas de *forma independente*, por alguém que atue exclusivamente no interesse manifesto da criança, de modo que suas opiniões e preferências possam ser efetivamente registradas nos processos judiciais ou administrativos.

No mesmo sentido, a Comissão IDH observa que as crianças devem ter *o direito ao seu próprio assessoramento legal e à representação em seu próprio nome*, que possa defender os pontos de vista e interesses manifestados pela própria criança, especialmente nos procedimentos onde haja, ou possa haver, um conflito de interesses entre a criança e seu pai ou mãe ou outras partes implicadas.⁵⁰

Em seu Comentário Geral nº 12 (2009, parágrafo. 37), o Comitê expressa que o representante da criança deve ser consciente de que representa exclusivamente os interesses da criança e não os interesses de outras pessoas, recomendado a elaboração de códigos de conduta destinados a representantes que sejam designados para representar as opiniões das crianças.

A assessoria jurídica, ademais, deve ser de qualidade, especializada e gratuita. Para tanto, enfatiza-se que os/as advogados/as ou defensores/as que representem *ad litem* as crianças e lhes prestem assessoria legal tenham uma formação específica e conhecimento sobre os direitos da infância, além de receber capacitação continuada que, dentre outras coisas, os habilitem a se comunicar adequadamente com crianças com diferentes níveis de compreensão. Tais profissionais devem proporcionar à criança toda a informação e explicações necessárias acerca do procedimento, as possíveis consequências que possam dele derivar, assim como o resultado que possam ter seus pontos de vista e opiniões (CIDH, 2013, p. 116).

6.4 O DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DOS PAIS E AS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Assim como o direito de participação da criança e do adolescente em todos os processos, judiciais e extrajudiciais, que digam respeito a sua vida, também a Convenção dos Direitos da Criança (art. 18.1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1) asseguram o direito

⁴⁹ Nesse sentido, Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade.

⁵⁰ No mesmo sentido, as Diretrizes do Conselho da Europa sobre Justiça Adaptada às crianças (Diretriz 37).

dos pais (e demais familiares) de participarem nos processos (judiciais ou administrativos⁵¹) que objetivem a definição de medidas especiais de proteção.

Trata-se, ao fim e ao cabo, da observância de todas as garantias do devido processo legal (arts. 8 e 25 da Convenção Americana) também nos procedimentos que versem sobre intervenções do Estado no âmbito do direito à convivência familiar, sobretudo quando houver a possibilidade de separação do grupo familiar. Dentre tais garantias merecem destaque o direito ao contraditório substancial, o direito à ampla defesa e o dever de fundamentação das decisões judiciais.

As Diretrizes sobre Modalidades Alternativas de Cuidado (ONU, 2009) estabelecem, a propósito, que a tomada de decisão sobre um acolhimento alternativo que atenda ao interesse superior da criança deve necessariamente acontecer no bojo de um procedimento judicial, administrativo ou de outro tipo adequado e reconhecido, com garantias jurídicas, incluída, quando o caso assistência letrada da criança em qualquer processo judicial (Diretrizes 46 e 57). Tais procedimentos, aliás, devem estar previstos e regulamentados por lei, com a previsão de todos os direitos processuais reconhecidos pela Convenção Americana (e demais normativas internacionais sobre direitos humanos), sob pena a intervenção estatal ser reconhecida como uma ingerência ilegítima ou arbitrária na vida familiar, nos termos do art. 11.2 da Convenção.⁵²

Especificamente a respeito dos processos de separação de crianças dos seus pais, a Convenção estabelece que todas as partes interessadas terão a oportunidade de participar e de manifestar suas opiniões (art. 9.2 da Convenção sobre os Direitos da Criança). Todavia, para que a garantia seja observada não é suficiente que se abra a oportunidade para que os genitores (bem como membros da família extensa e outras pessoas que possuam um vínculo direto com a criança) se manifestem; suas manifestações devem ser efetivamente levadas em consideração e, portanto, devem refletir na motivação da decisão judicial.

Ainda, devem os Estados assegurar o acesso a uma assistência jurídica gratuita, especializada e de qualidade para os pais e familiares que desejem assumir os cuidados da

⁵¹ A Opinião Consultiva nº 17/02 da Corte IDH, aliás, afirma expressamente que as garantias processuais devem estar projetadas na regulamentação dos procedimentos tanto judiciais como administrativo que versem sobre os direitos da criança.

⁵² Sobre as consequências negativas da inexistência de um procedimento especial para aplicação e execução das medidas de acolhimento institucional e familiar Cf. SILVA, SCHWEIKERT, 2020, p. 35-49.

criança e que dela necessitem em razão de sua condição socioeconômica, no marco dos procedimentos relativos à aplicação de uma medida especial de proteção, assim como os procedimentos de revisão desta.

Nesse sentido, as Diretrizes sobre Modalidades Alternativas de Cuidado afirmam que a preparação, aplicação e avaliação de medidas de proteção devem ser feitas com a participação dos pais ou guardiões legais, respeitando as necessidades, convicções e desejos especiais da criança (ONU, 2009, Diretriz 64). Os pais ou guardiões legais devem ser informados plenamente das opções de cuidados alternativos disponíveis, das implicações de cada opção e de seus direitos e obrigações em relação a cada uma (Diretriz 63).

O Estado deve, por fim, assegurar que os pais tenham a oportunidade de produzir provas e contestar a decisão relativa à colocação de uma criança sob cuidados alternativos perante um tribunal, bem como serem informados acerca desse direito de contestação e serem auxiliados a fazê-lo. A Comissão entende que, quando uma medida de proteção implique a separação da criança de sua família, sua adoção deve estar sujeita à revisão judicial, em cumprimento ao art. 11.2 da Convenção Americana e ao art. 9 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

6.5 IMPARCIALIDADE JUDICIAL E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

A Corte IDH possui o entendimento de que toda decisão adotada por órgãos internos que possam afetar direitos humanos deve estar devidamente fundamentada, pois, do contrário, as decisões serão consideradas arbitrárias. Nesse sentido,

a argumentação de uma sentença deve mostrar que foram tomadas em consideração as alegações das partes e que o conjunto probatório foi analisado (...). Por isso, o dever de motivação é uma das 'devidas garantias' incluídas no art. 8.1 da Convenção para a proteção do direito a um devido processo. A Corte considera que a falta de motivação impede conhecer o raciocínio realizado a respeito do melhor interesse da criança e se este foi realmente levado em consideração, bem como se foram consideradas medidas menos prejudiciais para o direito à família e o direito dos meninos com a sua família biológica (requisito da excepcionalidade da separação familiar)⁵³.

⁵³ Caso Irmãos Ramírez e família vs. República da Guatemala, 2018, p. 106-107

A propósito, o Comitê da ONU sobre os Direitos da criança explicita que, na motivação, a sentença deve destacar, especialmente, todas as circunstâncias de fato referentes à criança, os elementos que são considerados pertinentes para a avaliação do seu melhor interesse, o conteúdo dos elementos nesse caso em concreto e a forma como foram ponderados para se determinar o melhor interesse da criança (CIDH, 2013). Se a decisão difere da opinião da criança, deverá ser explicado com clareza o motivo pelo qual foi tomada.⁵⁴

Ademais, deve explicitar a razão pela qual outras possibilidades diferentes da separação familiar não foram possíveis ou se mostraram infrutíferas.⁵⁵ A CIDH, nesse sentido, adverte que a excepcionalidade da separação familiar implica que se deve analisar se as autoridades nacionais adotaram todas as medidas necessárias e adequadas que podiam ser razoavelmente exigidas para que as crianças pudessem levar uma vida familiar normal no seio de sua própria família antes da separação familiar.

Por outro lado, além do dever de motivação das decisões, exige-se que a autoridade com competência para definir e decretar uma medida especial de proteção seja imparcial. De acordo com a jurisprudência da Corte, há violação à imparcialidade quando, por falta de predisposição para investigação aprofundada da situação familiar e para a consideração de medidas de proteção alternativas, o órgão jurisdicional revela uma predisposição à concessão da adoção desde o início.⁵⁶

⁵⁴ No julgamento do caso *Atala Riffo y Niñas vs Chile* (2012) afirmou-se que “(...) Os adultos que são responsáveis pela decisão não devem decidir arbitrariamente quando a criança diz algo relevante para a decisão não devem decidir arbitrariamente quando a criança diz algo relevante para a decisão (...). Se as crianças são suficientemente desenvolvidas em suas opiniões e visões, elas deveriam prevalecer a respeito dos assuntos que as afetem, salvo razões muito qualificadas em sentido contrário. Isso quer dizer que se as opiniões das crianças apareçam fundadas, precisas, com suficiente conhecimento dos fatos e consequências que implicam, devem *prima facie* prevalecer sobre outras argumentações para determinar a decisão que afetará a criança em relação aos fatos e estados que se refiram a ela própria. Esse primado é exigido pelo princípio do interesse superior da criança, previsto no art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança” (parágraf. 207)

⁵⁵ A Corte já advertiu que a simples transcrição das atividades ou diligências realizadas, junto com a lista das normas que poderiam ser aplicáveis aos fatos ou condutas punidas, não satisfaz os requisitos de uma adequada motivação.

⁵⁶ Um dos temas de maior controvérsia no campo do direito da criança e do adolescente diz respeito à amplitude da competência dos Juízos da Infância e Juventude. Questiona-se, por exemplo, qual o grau de comprometimento da imparcialidade judicial quando o mesmo juiz que aplica e executa a medida de acolhimento é o juiz que julga a ação de destituição e defere o pedido de adoção. A propósito, cf. SANCHES, VERONESE, 2016.

Se as estatísticas indicam uma alta probabilidade de adoções de crianças com determinado perfil, como de certa idade, raça ou gênero (viabilizada por flexibilizações de garantias e maior celeridade do procedimento), por exemplo, pode-se sustentar que tanto maior será o ônus argumentativo da autoridade judiciária para demonstrar que houve o exaurimento das alternativas menos restritivas.

Há, ainda, uma preocupação com a imparcialidade (“falta de objetividade”) das equipes que realizam os estudos técnicos que embasam cada caso. Já se decidiu, por exemplo, que são suspeitas as avaliações feitas pelas equipes técnicas de serviço de acolhimento institucional que são simultaneamente responsáveis pelo programa de adoção internacional por “possível interesse nos resultados do processo”, razão pela qual “o pessoal dessa instituição não [é] idôneo para realizar os referidos estudos sociais”.⁵⁷

6.6 REALIZAÇÃO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES POR EQUIPES IMPARCIAIS E QUALIFICADAS

De acordo com as Diretrizes da ONU obre Cuidados Alternativos (2009), critérios específicos, baseados em sólidos princípios profissionais, devem ser definidos e consistentemente aplicados para avaliar a situação da criança e de sua família, incluindo a capacidade real e potencial da família para cuidar da criança nos casos em que a autoridade ou entidade competente tenha bases concretas para crer que os direitos fundamentais da criança estejam violados ou sob ameaça de violação.

Por outro lado, as decisões relacionadas à retirada ou reintegração da criança devem ser baseadas em avaliação feita por profissionais devidamente qualificados e preparados, em nome ou por ordem de uma autoridade competente, em consulta a todas as pessoas envolvidas e tendo em vista a necessidade de planejar o futuro da criança (ONU, 2009, Diretriz 39). As avaliações devem ser realizadas “pronta, cuidadosa e meticulosamente” (ONU, 2009, Diretriz 57). Devem abranger características pessoais e grau de desenvolvimento, antecedentes religiosos, étnicos, culturais e linguísticos, meio familiar e social, histórico médico e eventuais necessidades especiais.

⁵⁷ Corte IDH, Caso Ramírez Escobar e outros vs Guatemala (2018), p. 154.

O Comitê dos Direitos da Criança destaca que os fatos e as informações pertinentes para um determinado caso, por exemplo em uma denúncia anônima, devem ser verificados e analisados por equipes técnicas qualificadas antes de serem utilizados na avaliação do melhor interesse da criança (dever de dupla-verificação).

Também nas hipóteses de reintegração ou reunificação familiar, a fim de preparar e apoiar a criança e sua família de origem para um eventual retorno, a situação deve ser avaliada por uma equipe multidisciplinar designada por autoridade competente, com a participação de todos os envolvidos (criança, família de origem, provedor de cuidados alternativos), para decidir se a reintegração da criança na família de origem será possível, se atenderá ao interesse superior da criança e quais são os passos necessários para tanto.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida em que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes par o estudo. Por essa razão, é regida pelo princípio da *inegabilidade dos pontos de partida*, embora não se reduza a ele. Como ensina o ilustre professor, “uma disciplina dogmática, como a jurídica, não deve ser considerada uma prisão para o espírito, mas um aumento da liberdade no trato com a experiência normativa”, ou seja, “a dogmática jurídica não se exaure na afirmação no dogma estabelecido, mas interpreta sua própria vinculação, ao mostrar que o vinculante sempre exige interpretação, o que é função da dogmática” (FERRAZ JÚNIOR, 2019, p. 25).

Em sentido semelhante, Virgílio Afonso da Silva se refere à “dimensão *normativa* da dogmática jurídica”, que se preocupa em “fornecer resposta adequada a um dado problema” a partir do desenvolvimento de um modelo de análise que poderá servir como instrumento na discussão sobre casos concretos. Nas palavras do professor, “desenvolver um modelo é, de um lado, uma tarefa analítica de alto grau de abstração que pretende, por outro lado, fornecer elementos para concreta interpretação e aplicação do direito” (SILVA, 2017, p. 37).

Foi, em suma, o que se almejou com o presente artigo: apresentar novos elementos que possam contribuir para a construção e consolidação de uma *dogmática da proteção integral* a partir de modelos teóricos colhidos no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. No Brasil, a profusão de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados no campo do direito da criança e do adolescente, com se sabe, tem levado a interpretações arbitrárias e descompromissadas (crise de interpretação) com *standards* desenvolvidos em outros países da América Latina, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Comitê da ONU sobre Direitos da Criança, em especial no que tange ao direito à convivência familiar ou à vida em família.

Espera-se que essa singela contribuição possa orientar não apenas os/as intérpretes – juristas ou não – que atuam diretamente com crianças e adolescentes e suas famílias, mas, sobretudo, permita às próprias pessoas atingidas por decisões ilegítimas, ilegais e arbitrárias lutarem contra intervenções indevidas em suas vidas, permitindo-se a continuidade e reprodução de todas as formas de existência.

REFERÊNCIAS

CIDH. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria sobre os Direitos da Infância. **Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas.** OEA, 2013.

EROSA, Héctor. **La Construcción Punitiva del Abandono.** In: UNICEF, Justicia y Derechos del Niño, nº 2, nov, 2000, p. 139-158

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação,** 11ª ed, São Paulo: Atlas, 2019

GONÇALVES, Marcos A. B; GUZZO, Raquel S. L. **Best Interests of the Child in Brazil and Theft of Children by the State.** International Child and Youth Care Network (e-journal), n 257, jul/20, p. 38-50

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Gilmar Ferreira Mendes (trad). Revista Direito Público, v. 11, n. 60, nov-dez/2014, p. 25-50

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional: leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Eduardo Rezende de. **O princípio do interesse superior: como erros de tradução da normativa internacional impactam a garantia de direitos de crianças e adolescentes.** Boletim IBDCRIA/ABMP, n. 9, dez/2020, p. 5-12. Disponível em: https://www.academia.edu/44882785/BOLETIM_DE_DIREITOS_DA_CRIAN%C3%87A_E_DO_ADOLESCENTE_n_9

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. **Diretrizes de Cuidados Alternativos à Criança.** A/HRC/11/L13, 2009.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.** São Paulo: RT, 2002

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e Direitos Fundamentais,** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

REPÚBLICA DEL PERU. Defensoría del Pueblo. **El derecho de los niños, niñas y adolescentes a vivir em uma familia: la situación de los Centros de Atención Residencial estatales desde la mirada de la Defensoría del Pueblo.** Serie Informes Defensoriales, nº 150, 2010

_____. **Niños, niñas y adolescentes en abandono: aportes para un nuevo modelo de atención.** Serie Informes Defensoriales, nº 153, 2011

SANCHES, Helen Crystine Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente: da vara de menores à vara da infância e juventude.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016.

SARAIVA, João Batista Costa. **A quebra de paradigma da incapacidade e o Princípio do superior interesse da criança – O “Cavalo de Tróia” do menorismo.** Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Revista Juizado da Infância e da Juventude, n.1, jul/nov, 2004, p. 25-30

SILVA, Bruno César da; SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. **O procedimento especial para controle das restrições ao direito à convivência familiar e comunitária: uma omissão inconstitucional.** Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, v. 5, n. 26, p. 35-49, dez 2020.

SCHREINER, Gabriela. **Riesgo o abandono: más allá de la semántica.** São Paulo: Brasil, 2009. Disponible en: www.conscienciasocial.net

SCHWAN, Ana Carolina Golvim; SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. O direito de defesa como pilar da Proteção Integral: expressão de um ato revolucionário. In: **ECA e a proteção integral de crianças e adolescentes.** Eunice Teresinha Fávero e outras (org). São Paulo: Cortez, 2020

SCHWEIKERT, Peter Gabriel Molinari. O Direito Fundamental à Convivência Familiar: âmbito de proteção, restrições e conteúdo essencial. In: **A Defesa dos direitos da criança e do adolescente: uma perspectiva da Defensoria Pública**. Adriano Leitinho Campos e outros (Org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

_____. **Afinal, o que devemos entender por prioridade absoluta?** Coluna Migalhas Infância e Juventude, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-infancia-e-juventude/340344/afinal-o-que-devemos-entender-por-prioridade-absoluta>

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os Direitos da Criança: 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Salvador: Juspodivm, 2019.

DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 04 de maio de 2021;
Controle de plágio: 06 de maio de 2021;
Decisão editorial preliminar: 04 de junho de 2021;
Retorno rodada de correções: –
Decisão editorial final: 04 de junho de 2021.

Editor: ABRANTES, V. V.
Assistente Editorial: VIEIRA, B.
Correspondente: SCHWEIKERT, P. G. M.