

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**50 anos dos “direitos da criança”
na Convenção Americana de
Direitos Humanos: a história do
artigo 19**

**50 years of “rights of the child”
in the American Convention
on Human Rights: the history of
article 19**

Sven Peterke

Paloma Leite Diniz Farias

VOLUME 17 • N. 1 • 2020

O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS:
QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?

Sumário

PARTE I - O DIREITO COMPARADO E SEUS PROTAGONISTAS: QUAL USO, PARA QUAL FIM, COM QUAIS MÉTODOS?	1
EDITORIAL	3
“Tudo o que precisamos fazer é ter certeza de que continuaremos conversando”	3
Gustavo Cerqueira e Patrícia Perrone Campos Mello	
DIREITO COMPARADO E METODOLOGIA	6
COMPARAÇÃO JURÍDICA E IDEIAS DE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO NO INÍCIO DO SÉCULO XXI....	8
Gustavo Cerqueira	
O DIREITO COMPARADO: ESFORÇO DE RESGATE HISTORIOGRÁFICO E DE PROBLEMAS METODOLÓGICOS	25
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Gustavo Ferreira Ribeiro	
DIREITO COMPARADO E POLÍTICA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS	42
Raphael Carvalho de Vasconcelos e Deo Campos Dutra	
DIREITO COMPARADO NO BRASIL	55
L’ORIGINALITÉ DU DROIT BRÉSILIEN ET LE DROIT COMPARÉ	57
Arnoldo Wald	
LEI DA BOA RAZÃO E COMPARATISMO JURÍDICO NA DOCTRINA CIVILISTA BRASILEIRA DE 1850 A 1880	79
Alan Wruck Garcia Rangel	
O STF EM REDE? QUANTO, COMO, COM QUE ENGAJAMENTO ARGUMENTATIVO O STF USA PRECEDENTES ESTRANGEIROS EM SUAS DECISÕES?	93
Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça	

SUPREMA IMPRECIÇÃO: A METODOLOGIA EM DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E AS DEFICIÊNCIAS EM SEU USO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	126
Alonso Freire e Hugo Sauaia	
DIREITOS COMPARADOS	143
COMPARANDO LA CULTURA JURÍDICA DESDE EL DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL EN BRASIL Y CHILE	145
Juan Jorge Faundes e Fabian Le Bonniec	
O DIVINO E O RACIONAL NO DIREITO: NOTAS PARA UM DIÁLOGO ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS	181
Salem Hikmat Nasser e José Garcez Ghirardi	
REGULAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO: ANÁLISE COMPARADA EM PAÍSES DO SUL GLOBAL	196
Jane Reis Gonçalves Pereira, Renan Medeiros de Oliveira e Carolina Saud Coutinho	
PARTE II - OUTROS TEMAS	229
LA OTRA CARA DE LA MONEDA: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA EMPRESA, EL EMPRENDIMIENTO Y LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y COLOMBIA	231
Juan Pablo Díaz Fuenzalida e Juan Sebastián Villamil Rodríguez	
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISION ON THERE 'BURQA BAN' AND THE CRITICAL ANALYSIS OF THE PRAGMATIC EXPERIMENTAL LOGIC	258
Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega e George Browne Rego	
DIREITOS HUMANOS DAS DESLOCADAS AMBIENTAIS E OS IMPACTOS DA USINA DE BELO MONTE: DA EXPLORAÇÃO AMAZÔNICA À SUBJUGAÇÃO FEMININA	273
Thais Silveira Pertille e Letícia Albuquerque	
SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM ACORDOS DE INVESTIMENTO: AS EXPERIÊNCIAS DO CPTPP, CETA E DOS ACFIs	293
Fábio Morosini, Vivian Daniele Rocha Gabriel e Anastacia Costa	
50 ANOS DOS “DIREITOS DA CRIANÇA” NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A HISTÓRIA DO ARTIGO 19	311
Sven Peterke e Paloma Leite Diniz Farias	

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: COMPARTILHANDO VALOR E RESPONSABILIDADES	325
Melina Girardi Fachin	
CONTEMPORARY RESPONSES TO BUSINESSES’ NEGATIVE HUMAN RIGHTS IMPACT	341
Andres Felipe Lopez	
HUMAN RIGHT TO LABOR PROTECTION IN UKRAINE: CURRENT SITUATION AND THE PROSPECTS OF IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL RULES	363
Nina Daraganova	
INTERNATIONAL REGULATION AND GLOBAL GOVERNANCE: THE EU INFLUENTIAL METHOD IN TIMES OF NORMATIVITY CHANGE	373
Gabriela Hühne Porto, Paula Wojcikiewicz Almeida e Juliana Maia F. A. Netto	
TECNOLOGIAS DIGITAIS E O COMÉRCIO DE BENS E SERVIÇOS NA OMC/DIGITAL.....	391
Umberto Celli Junior	
LOS FUERTES HACEN LO QUE PUEDEN: EXPONRIENDO LOS LÍMITES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.....	406
Cristián D. González-Ruiz e Víctor M. Mijares	
HUMAN RIGHTS, HUMANITARIAN LAW AND STATE POWER.....	418
Renata Nagamine e João Roriz	
REGIONAL INTEGRATION IN THE SOUTH PACIFIC: CHALLENGES FOR PUBLIC GOVERNANCE	433
Joanna Siekiera	
PARTE III - RESENHAS	443
RESENHA DA OBRA	
“DEMOCRACIA E POLICENTRISMO DO PODER”, DE MURILO GASPARDO.....	445
Angela Limongi Alvarenga Alves	

50 anos dos “direitos da criança” na Convenção Americana de Direitos Humanos: a história do artigo 19*

50 years of “rights of the child” in the American Convention on Human Rights: the history of article 19

Sven Peterke**

Paloma Leite Diniz Farias***

Resumo

O Artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, objetiva oferecer proteção especial aos “Direitos da Criança”, embora seu conteúdo consista de uma frase só. Adotado há meio século atrás, quando os direitos da criança ainda se encontravam *in status nascendi* no plano internacional, o destino dessa norma sucinta ainda era incerto. O presente artigo analisa o progresso normativo alcançado pela incorporação do artigo no Pacto de São José, bem como a sua posterior interpretação pelas Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Demonstra-se que os órgãos de monitoramento conseguiram dar ao Artigo 19 uma importância possivelmente inesperada pelos Estados-partes, pois serviu para justificar, de forma dogmaticamente sólida, a adesão e concretização da doutrina da proteção integral da criança.

Palavras-chaves: Direitos das crianças. Artigo 19. Convenção Americana de Direitos Humanos.

Abstract

Article 19 of the American Human Rights Law of November 22, 1969, addresses actions for the protection of the Rights of the Child, although its content consists of a single sentence. Adopted less recently, when the child’s copyrights were still *in status nascendi* at the international level, the fate of that standard was still unclear. This article analyzes the normative progress necessary for the incorporation of the article in the Pact of San José, as well as for the publication of data by Commission and Inter-American Court of Human Rights. It is demonstrated that the element of monitoring have succeeded in giving Article 19 a theory possibly unexpected by States parties, since it serves to justify, in a dogmatic, continuous way, the adherence and implementation of the doctrine of the integral protection of the child.

Keywords: Rights of the child. Article 19. American Convention on Human Rights

* Recebido em 19/07/2019
Aprovado em 31/03/2020

** Professor Associado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Ciências Jurídicas (2005) e Mestre em Assistência Humanitária Internacional (2001) pela Universidade Ruhr de Bochum, Alemanha. Professor visitante na Universidade de Brasília (2006-2009). Estágio pós-doutoral no Instituto Max Planck para Direito Constitucional Comparado e Direito Internacional Público em Heidelberg, Alemanha (2016-2017). Email: speterke@yahoo.de

*** Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, com Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público pela Universidade Anhangüera - UNIDERP. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Professora da União de Ensino Superior de Campina Grande. Email : palomaldf@gmail.com

1 Introdução

Quem lê pela primeira vez o Artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), intitulado “Direitos da Criança”, é logo surpreendido tanto por sua brevidade quanto pela enorme vagueza do seu teor, a saber: “toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

À primeira vista, parece se afigurar como norma programática de que obrigações concretas podem dificilmente ser deduzidas. Não obstante, é notável a inserção de uma prescrição na CADH, exclusivamente dedicada aos direitos da criança, feita naquele dado momento histórico (1969) em que suas garantias ainda careciam de codificação maior no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pergunta-se, portanto, se, no Artigo 19, se tem uma mera proclamação simbólica dos direitos da criança ou se o conteúdo e a função da norma ganharam contornos mais claros nos anos posteriores pela jurisprudência da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao responder essa pergunta, na oportunidade do 50º (quingagésimo) aniversário da CADH, a presente contribuição parte de breves observações sobre o teor do dispositivo, para, em seguida, procurar reconstruir seu mérito histórico e determinar o seu significado e a sua importância atuais. Será examinado o processo do reconhecimento e da codificação dos direitos da criança no plano internacional (II.), bem como a interpretação posterior do Artigo 19 da CADH pelos supracitados órgãos de monitoramento do sistema interamericano de direitos humanos (III). Sem querer antecipar o resultado da análise, já pode ser constatado que deve surpreender todos e todas que ainda não conhecem a fundo a jurisprudência pertinente.

2 A irritante brevidade e vagueza do artigo 19

Chama atenção o fato de que o Pacto de São José da Costa Rica abriga uma norma específica dos “Direitos da Criança”, o que logo gera o desejo de entender melhor quais as garantias e proteções que ela potencialmente oferece a esse grupo de vulneráveis. No entanto, como já visto, a curiosidade do leitor referente ao seu

conteúdo é logo desiludida: os mencionados “Direitos” não foram minimamente concretizados; ao contrário, o Artigo 19 consiste em uma frase, que parece provocar mais perguntas do que oferece respostas.

O primeiro problema que o intérprete do Artigo 19 enfrenta é referente ao sujeito ativo, pois a norma não informa quais pessoas (já ou ainda) se qualificam como “crianças”. Qual o conceito de criança a que a CADH adere? Ela deixou tal definição à discricionariedade dos Estados-partes?

No que toca ao direito da criança a “medidas de proteção”, não há indicação nenhuma acerca da sua natureza e seu possível conteúdo. A qualificação de que trata aquela proteção “que a sua condição de menor requer” também não é muito esclarecedora, pois introduz um conceito não necessariamente idêntico com o da criança, qual seja, menor. Como essa fórmula é relativamente fútil, a primeira impressão do Artigo 19 é que seu conteúdo possui, sobretudo, natureza programática, implicando para os Estados-partes nada mais que uma obrigação abstrata, resumindo-se no direito da criança ser contemplada por políticas públicas que, por sua vez, ficam à discricionariedade dos respectivos governos. De fato, partindo da leitura do teor da norma, pouco indica a pretensão dos seus signatários, os Estados americanos, de dotar a criança com direitos (subjettivos) próprios, que incluam a faculdade de reivindicá-los de um terceiro e sejam exigíveis perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, quem seria aquele terceiro? Normas de tratados de direitos humanos, geralmente, têm como principal sujeito passivo o Estado-signatário. No caso específico dos direitos da criança, há também os pais (ou outros tutores) como potenciais violadores e promotores do seu bem-estar e desenvolvimento. O Artigo 19 não se pronuncia em momento algum sobre como resolver as tensões decorrentes dessa situação complexa e controversa, em particular, à luz do dever do Estado de respeitar e proteger a família. Observa, simplesmente, que a criança tem direito à proteção “por parte da sua família, da sociedade e do Estado”. Será que o interesse da criança sempre prevalecerá sobre o dos seus tutores? Como determinar esse interesse e ponderá-lo com outros?

Sob uma perspectiva sistemática, é preciso observar que o Artigo 19, apesar da sua vagueza normativa, consta

no rol daqueles direitos chamados de “não derogáveis”¹, por jamais serem suscetíveis a medidas de suspensão em situação de guerra, perigo público ou qualquer outra situação de emergência pública. Essa proteção especial relativiza as considerações anteriores, pois não faz muito sentido inserir no Artigo 27, 2 da CADH uma norma puramente programática. Sob essa perspectiva, estamos diante de uma prescrição de que podem ser deduzidas verdadeiras obrigações jurídicas, ou seja, violáveis pelos Estados. Mas como determiná-las?

Portanto, coloca-se, com toda acuidade, a pergunta: o Artigo 19 da CADH foi nada mais de que uma conquista simbólica em certa etapa do processo histórico do reconhecimento internacional dos direitos da criança ou, pelo contrário, possui, até o presente momento, uma “vida (normativa) própria”?

3 O artigo 19 no contexto da codificação internacional dos direitos da criança

Sabe-se que, no Direito Internacional, a interpretação histórica de uma norma deve ter pouco peso, a fim de não impedir a evolução dinâmica do seu conteúdo de acordo com as realidades e necessidades contemporâneas da sociedade internacional². Essa regra geral vale ainda mais para tratados de direitos humanos que são considerados “instrumentos vivos” destinados a serem interpretados *pro homine*, razão pela qual os interesses nacionais dos Estados soberanos pouco importam³.

Mesmo assim, trata-se de um exercício importante para entender melhor o mérito histórico do Artigo 19 da CADH no contexto do processo do reconhecimento e da codificação internacional dos direitos da criança, pois ela nos conscientiza das conquistas que precisam ser valorizadas e honradas com o devido respeito - inclusive quando parecem ser pouco notáveis, como, *prima facie*, no caso do Artigo 19 da CADH.

A seguir, a análise é dividida, para fins didáticos, em dois períodos: o reconhecimento internacional dos direitos da criança *antes e depois* do advento do Pacto de São José, de 1969. Objetiva-se mostrar até que ponto o Artigo 19, no ano da sua adoção, trouxe efetivo progresso em comparação à situação normativa anterior, para depois aferir se obteve relevância prática no decorrer dos anos subsequentes, relevância esta de que talvez, até hoje, continue a gozar.

3.1 Antes do advento da CADH

É pouco lembrado o fato de que o primeiro documento de direitos humanos adotado por uma organização intergovernamental foi a Declaração dos Direitos da Criança, de 26 de setembro de 1924. Mais conhecida como “Declaração de Genebra”, o texto na época aprovado pela Assembleia da Liga das Nações foi ainda bastante sucinto, consistindo em somente cinco princípios, associados a cinco direitos de garantia. Mesmo assim, tratou-se de um documento-chave no processo do reconhecimento dos direitos da criança, pois serviu como fonte inspiradora daqueles instrumentos que surgiram após a Segunda Guerra Mundial (SGM), quando o moderno sistema internacional de proteção aos direitos humanos começou a se constituir⁴. A declaração prevê, por exemplo, que à criança devem ser concedidos os meios necessários para o seu desenvolvimento normal, tanto material como espiritual, bem como que todo órfão ou abandonado deve ser protegido e abrigado. No período pós-Primeira Guerra Mundial, em que se considerava crianças como uma espécie de posse dos adultos, tal reconhecimento foi um avanço importante, embora basicamente restrito à sua condição de dependentes⁵.

Após a SGM, a sucessora da Liga, a Organização das Nações Unidas (ONU), logo mostrou interesse em aprovar uma versão rebulida e mais extensa da Declaração de Genebra⁶. Todavia, essa pretensão somente iria

¹ KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 145.

² GARDINER, Richard. *Treaty Interpretation*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 347; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *The Law of Treaties. A Comprehensive Study of the 1969 Convention and Beyond*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016. p. 263.

³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 111.

⁴ VERHELLEN, Eugeen. The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective. In: VANDENHOLE, Wouter et al. (ed.), *Routledge International Handbook of Children’s Rights Studies*. New York: Routledge, 2015. p. 43-48.

⁵ MOODY, Zoe. The United Nations Declaration of the Rights of the Child (1959): Genesis, transformation and dissemination of a treaty (re)constituting a transnational cause. *Prospect*, v. 45, p. 15-29, 2015. p. 18.

⁶ KUPER, Jenny. *International Law Concerning Child Civilians in Armed Conflict*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 42.

se materializar em 1959. Antes foram adotadas duas importantes declarações “genéricas” de direitos humanos – documentos não vinculantes naquela época⁷, promovendo a proteção de todas as pessoas, independentemente da sua idade, por exemplo, por reconhecer um direito de todo indivíduo a uma vida digna e ao tratamento humano. Contudo, ambos já fazem menção explícita de alguns direitos da criança, senão vejamos.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 2 de maio de 1948, já reconhece que “toda criança tem direito à proteção, cuidados e auxílios especiais” (Artigo VII). No entanto, ainda adere a uma noção estritamente assistencialista dos direitos humanos da criança. O fato de que é considerada mais como objeto de proteção e menos como detentora de direitos próprios é bem ilustrado pelo Art. XXX, o qual estabelece que “[t]oda pessoa tem o dever de auxiliar, alimentar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem”.

A Declaração Americana foi logo seguida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU. O seu Artigo XXV (2) trata da proteção à maternidade e à infância, reconhecendo a elas o “direito a cuidados e assistência especiais”. Outrossim, ao dispor que os filhos havidos “dentro ou fora da instituição do matrimônio gozarão da mesma proteção social”, aspira inibir qualquer designação discriminatória relativamente à origem filial, num desdobramento lógico do próprio direito à igualdade.

Diante desse quadro, surpreende a não incorporação de uma norma protetora semelhante (ou até mais abrangente e específica) no primeiro tratado internacional de direitos humanos pós-SGM, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais, de 4 de novembro de 1950. Todavia, é preciso lembrar que o propósito dessa Convenção residiu, ao menos inicialmente, na garantia de direitos civis e políticos⁸. Por essa razão, aborda os direitos da criança sob uma perspectiva basicamente limitada às garantias

da chamada “primeira geração” dos direitos humanos, exigindo, por exemplo, que a detenção legal de um menor tenha o “propósito de educar sob vigilância” (Art. 5º 1, d). No mais, prevê no artigo subsequente o direito a um processo equitativo e a possibilidade de restrições do princípio da publicidade do processo criminal, quando necessárias à proteção dos “interesses de menores”.

O primeiro documento pós-SGM exclusivamente dedicado aos direitos da criança como grupo de vulneráveis foi a Declaração da ONU dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1959. Referenciando a Declaração de 1924 e reiterando que “a Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar”, rompe definitivamente com a perspectiva da infância como objeto de proteção ou manipulação por adultos, evitando qualquer adjetivação do infante, com base na sua situação específica de vulnerabilidade socioeconômica. Muitos mais, vê a criança como sujeito ativo de direitos próprios⁹.

Consistindo em dez princípios, a Declaração de 1959 erigiu a doutrina da proteção integral, também conhecida como *doctrine of comprehensive protection*¹⁰, como abordagem garantista de direitos específicos da criança. Esses direitos estão embasados nos princípios de não discriminação, da “proteção especial” e do “superior interesse da criança” (*best interest of the child*) e assegurados pelo direito da criança a um nome e a uma nacionalidade (Artigos 1º a 3º), podendo ser considerados como âncora do direito da criança “a ter direitos”. Destarte, superou-se a percepção da criança como mero objeto de intervenção por parte do Estado quando em situação de risco, abandono, alienação ou delinquência – a antiga doutrina da situação irregular¹¹.

No entanto, cumpre ressaltar que a Declaração de 1959 é essencialmente voltada aos direitos econômicos,

⁷ No Direito Internacional Público, documentos originalmente não vinculantes podem ser transformados em direito costumeiro. Ver para detalhes: THIRLWAY, Hugh. Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues. *Leiden Journal of International Law*, v. 28, n. 3, p. 495-506, 2015.

⁸ WILLIAMS, Andrew. The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy. *European Journal of International Law*, v. 24, n. 4, p. 1157-1185, 2013. p. 1.172.

⁹ GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, n. 1, 299-334, p. 303, 1999.

¹⁰ MORLACHETTI, Alejandro. *Comprehensive national child protection systems*. Legal basis and current practice in Latin America and the Caribbean. Santiago/Chile: UN, 2013. p. 12.

¹¹ GDHeE – Grupo de Direitos Humanos e Empresas da Direito GV. *O direito à proteção integral das crianças e dos adolescentes no contexto de grandes empreendimentos: papéis e responsabilidades das empresas*. FGV, 4 de dezembro de 2013. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18797/GDHeE_Jerez%3B%20Almeida%3B%20Scabin%3B%20Neiva%3B%20Poppovic%3B%20Vieira%3B%20Brezighello.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 jul. 2019.

sociais e culturais da criança, negligenciando, assim, quanto aos seus direitos civis e políticos. Prevaleceu, por enquanto, a opinião que estes direitos já foram reconhecidos nos supracitados instrumentos genéricos. A pergunta sobre essas garantias terem oferecido proteção adequada e satisfatória às crianças foi, porém, objeto de várias controvérsias de difícil pacificação no plano global¹², sendo exemplos os limites da liberdade religiosa da criança e sua liberdade de expressão.

Tendo a qualidade de uma resolução da Assembleia Geral da ONU, a Declaração de 1959 não criou obrigações internacionais quanto à sua implementação, o que logo culminou na proposta de usá-la como base para negociar uma convenção universal sobre os direitos da criança. Porém, não houve consenso suficiente, razão pela qual a proposta ficou engavetada por quase vinte anos¹³.

O primeiro tratado universal (da ONU) de direitos humanos foi a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 7 de março de 1966. Ela foi logo seguida pelos dois Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), aprovados, respectivamente, em 16 e 19 de dezembro daquele ano. Em ambas as convenções foram incorporadas normas tratando especificamente de crianças, muitas vezes já conhecidas de outros instrumentos internacionais.

O PIDCP segue o exemplo da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por mencionar os interesses de menores no contexto do direito a um processo equitativo (Art. 14, 1). No entanto, vai além dela, ao prever que os Estados, em casos de divórcio, “deverão adotar as disposições que assegurem a proteção necessária para os filhos” (Art. 23, 4). Ademais, o Pacto abriga um dispositivo exclusivamente reservado aos direitos da criança, qual seja, o Artigo 24, que contém no seu primeiro inciso o direito “às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade do Estado”, seguido pelo direito ao registro do nome imediatamente após nascimento e à aquisição de uma nacionalidade. Percebe-se, portanto, que o item

1 do Artigo 24 do PIDCP inspirou o teor do posterior Artigo 19 da CADH, enquanto os outros incisos incorporam o Artigo 3º da Declaração de 1959.

Por sua vez, o PIDESC contém referências específicas aos direitos da criança nos seus Artigos 10 e 12. O Art. 10 (3) dispõe que:

Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.

No entanto, os dois Pactos não definem os conceitos de criança, adolescente ou menor. O PIDESC se contenta em obrigar os Estados-partes a estabelecer limite de idade até o qual fique proibido o trabalho infantil. Determina, ainda, a sua responsabilidade geral “pela diminuição [...] da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento” das crianças, conforme Artigo 12 (2,a).

A CADH foi aprovada três anos após os dois Pactos e garante, em primeiro lugar, de forma semelhante à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, direitos civis e políticos. Entretanto, no que se refere à proteção dos interesses de menores em processos criminais, aborda essa problemática de forma mais específica, em virtude do Artigo 10 do PIDCP, por prever que “menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento” (Art. 5º (5) CADH). Outrossim, beneficia-se do progresso alcançado pelo PIDCP por repetir quase literalmente que, em caso de dissolução de um casamento, “serão adotadas disposições que asseguram a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos” (Art. 17 (4) CADH).

Enquanto a CADH carece de um reconhecimento específico do direito à criança a um nome e uma nacionalidade, contém garantias genéricas ao lado do Artigo 19, que exige, “medidas de proteção que a sua condição de menor requer”. Essas palavras formam o teor de uma norma autônoma, cujo significado transversal não foi restrito às garantias reconhecidas na própria CADH, podendo até ser entendida como espécie de cláusula de abertura, que possibilita o ingresso dos direitos da criança já ou ainda a serem reconhecidos em outros do-

¹² TOBIN, John. *The UN Convention on the Right of the Child: A Commentary*. Oxford: University Press, 2013. p. 6.

¹³ DETTRICK, Sharon. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1999. p. 14.

cumentos internacionais, inclusive os econômicos, sociais e culturais.

De qualquer modo, em 1969, ainda não se sabia como o Artigo 19 seria futuramente interpretado pelos órgãos de monitoramento. Como visto, foi de certa forma indicativa para esse exercício a inserção do Artigo 19 no rol dos direitos inderrogáveis em situações de emergência pública. Para tanto, não havia precedentes. De fato, a CADH é, até os presentes dias, o único tratado de direitos humanos que se posicionou nesse sentido, razão pela qual o Artigo 19 pode ser entendido como apelo aos órgãos de monitoramento de tomarem uma atitude mais decisiva em favor desse grupo de vulneráveis.

3.2 Depois da CADH

É importante lembrar que, em 1969, os direitos da criança ainda se encontravam *in status nascendi*. Na época, a sociedade internacional ainda estava longe de um consenso maior sobre essas garantias, hoje consideradas formadoras de um subsistema do Direito Internacional de Direitos Humanos.

Houve, sim, já várias convenções setoriais, sobretudo as de Haia e da OIT¹⁴, abordando aspectos importantes da proteção da criança contra abusos, como sua adoção ilegal e exploração econômica. Mas, a Convenção n.º 138 da OIT sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego, que trouxe obrigações mais específicas acerca do enfrentamento do trabalho infantil, hoje concretizadas por vários tratados internacionais, somente foi adotada em 1973. Outrossim, apenas em 1978, quase vinte anos após adoção da Declaração da ONU sobre os Direitos da Criança, começaram as negociações a uma convenção universal sobre essa matéria, documento este que foi concluído dez anos mais tarde.

Hoje, a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), de 20 de novembro de 1989, é o tratado de direitos humanos mais ratificado do mundo, faltando somente os EUA, bem como um dos mais abrangentes, pois contém tanto direitos civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais, em particular, aqueles mesmos já previstos pela Declaração de 1959. Ademais, a CDC estipula direitos completamente novos, especi-

ficamente voltados para a sobrevivência, participação e a proteção da criança, bem como para seu desenvolvimento e empoderamento. Todos foram embasados no consenso histórico¹⁵ de que “considera-se como criança todo o ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes” (Art. 1º). Optou-se, portanto, por uma definição objetiva, vinculada à idade da criança.

Outro avanço fundamental foi o reconhecimento do princípio “do superior interesse da criança” (Artigo 3º) como parâmetro para resolver conflitos entre os direitos e as responsabilidades dos seus tutores e do Estado. Em resumo, a CDC afirma a criança como verdadeiro sujeito ativo de direitos próprios e, por essa mesma razão, trata-se de outra conquista histórica, abordando uma multidão de assuntos sobre os quais o Pacto de São José não se manifesta.

Em 1988, ou seja, pouco antes do advento da CDC, a CADH foi complementada pelo Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador). Curiosamente, este tratado contém dispositivo similar ao Artigo 19, que é também intitulado “Direitos da criança” (Artigo 16). Mais interessante ainda, sua primeira frase repete quase literalmente o teor do Artigo 19 da CADH, criando, destarte, uma ponte entre as duas normas, reforçada pelo Artigo 26 do CADH, o único do Capítulo III sobre “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”: nele, os Estados-partes se comprometem a progressivamente efetivar as garantias a serem concretizadas pelo Protocolo de 1988, que, aliás, é criticado por promover uma visão excessivamente tutelar, hoje considerada incompatível com os princípios basilares do Direito Internacional da Criança, em especial, a CDC¹⁶. A despeito dessa controvérsia, a CDC logo se tornou inegavelmente a referência mais importante quanto aos direitos da criança, consolidando esse novo subsistema do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esperava-se que suas normas influenciassem também na interpretação do Artigo 19 da CADH¹⁷.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Art. 19. p. 151.

¹⁶ ALSTON, Philip; TOBIN, John. *Laying the foundations for children's rights*. An independent study of some key legal and institutional aspects of the impact of the Convention on the Rights of the Child. Florence: UNICEF, 2005. p. 14.

¹⁷ O processo da codificação dos direitos da criança não parou

¹⁴ Ver BUCK, Trevor. *International Child Law*. 3ª ed. New York: Routledge, 2014. p. 240-256, 283-326.

4 A interpretação do artigo 19 pela comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Diante desse pano de fundo, pergunta-se qual o destino dado para Artigo 19 pelos seus principais intérpretes, a ComIADH e CorteIADH. Será que sua brevidade e vagueza as fizeram adotar uma postura hesitante ou até reservada, razão pela qual seu atual significado precisa ser considerado como marginal e simbólico? Ou, ao contrário, foi designada ao Artigo 19 uma função específica, com contornos relativamente claros, possibilitando a identificação de violações do seu conteúdo e justificando atribuir-lhe o *status* de norma-chave na proteção regional dos direitos da criança?

4.1 Primeiras referências ao Artigo 19

Como se sabe, a CADH entrou em vigor somente em 1978, após o depósito do décimo primeiro diploma de ratificação. Com isso, a Corte foi estabelecida como supremo órgão judicial do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, possuindo competência consultiva (emissão de pareceres) e contenciosa (litigiosa), sendo a última condicionada à aceitação por declaração especial (Artigo 62 CADH) e à transferência do caso pela Comissão, após o esgotamento do procedimento que cabe a ela¹⁸.

A Comissão, por sua vez, já estava funcionando desde 1959 como órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), autorizada para, entre outras atribuições, emitir relatórios e responder petições individuais embaixadas na Declaração Americana de 1948, competência esta que continua a ser exercida, até o presente, em relação aqueles Estados-membros da OEA que ainda não ratificaram a CADH¹⁹.

por aí. Foram adotadas, nos anos posteriores à CADH, várias outras convenções internacionais que abordam problemas específicos dela. Consequência disso é que esse subsistema é hoje marcado por grande densidade normativa que, infelizmente, não pode ser retratada de modo exaustivo na presente contribuição. Veja para uma visão panorâmica: BUCK, Trevor. *International Child Law*. 3rd ed. New York: Routledge, 2014.

¹⁸ PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 5.

¹⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Instituições e Procedimentos. In: PETERKE, Sven (org.). *Manual Prático de Direitos Hu-*

Em virtude dessa existência anterior e autônoma à CADH, certos direitos da criança foram tematizados pela Comissão já nos anos 1960²⁰, mas, logicamente, ainda sem referência ao Artigo 19, o que ocorreu pela primeira vez no seu relatório para os anos 1984/1985²¹. No entanto, não houve verdadeira análise do seu conteúdo, menos ainda esforços para determinar sua violabilidade e exigibilidade. Importante lembrar que, nesse momento histórico, ainda se esperava tanto pela primeira sentença da Corte, enfim, proferida, em 1988²², quanto pela aprovação da CDC.

Essa postura passiva e, de certo modo, hesitante da Comissão passou por mudanças maiores após a entrada em vigor da CDC, em 1990, que surtiu, em todo o mundo, numa maior conscientização acerca da existência e da importância dessas garantias – fato explicitamente observado pela ComIADH já no seu Relatório Anual de 1991, em que também acenou que a CDC precisava ser entendida como documento-chave para a interpretação regional dos direitos da criança²³. Curiosamente, a própria CADH oferece uma “janela” para dialogar como a CDC: seu Artigo 29 veda “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos [...] de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.

Não demorou muito e a Comissão começou a referenciar a CDC e determinar violações do Artigo 19, como ocorreu em “*Ms. X vs. Argentina*”, de 15 de outubro de 1996. O caso trata, entre outros assuntos, do exame vaginal da filha da senhora X, de 13 anos de idade, por pessoal penitenciário na ocasião de uma visita ao pai preso²⁴. Conceitualmente, porém, a Comissão ainda

manos Internacionais. Brasília: ESMPU, 2010. Cap. 5, p. 191-203. p. 193.

²⁰ Veja, p.ex., Inter-American Commission on Human Rights. *Report on the Situation of Political Prisoners and their Families in Cuba*. OEA/Ser.L/II.7/ Doc. 4, May 17, 1963, Chap. IV; Inter-American Commission on Human Rights. *Report on the Procedures of the Inter-American Commission on Human Rights in the Dominican Republic*. OEA/Ser.L/V/II.13, Doc. 14 rev., October 15, 1965, Chap. IV; Inter-American Commission on Human Rights. *Report on the Human Rights Situation in Haiti*. OEA/Ser.L/V/II.21, Doc. 6 rev. 21, May 1969, Chap. II.

²¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1. 1985.

²² Inter-American Court of Human Rights. *Velásquez Rodríguez v. Honduras (Merits)*. 29 July 1988. Ser. C, No. 4.

²³ Inter-American Commission on Human Rights. *Annual Report 1991*. OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1, 14 February 1992, Chap. VI.

²⁴ Inter-American Commission on Human Rights. Case 10.506

se restringiu a enfatizar de modo abstrato o dever do Estado de tomar cuidados especiais para garantir os direitos da criança e seu bem-estar.

4.2 A fundamentação dogmática, iniciada em 1999

Assim, passaram-se praticamente 20 (vinte) anos desde a entrada em vigor da CADH até seus órgãos de monitoramento começarem a se posicionar mais firmemente sobre a interpretação do Artigo 19. O ano 1999 foi, de certa forma, decisivo nesse processo, pois foram proferidas duas importantes decisões sobre “crianças de rua”.

O primeiro julgamento foi proferido pela ComIADH, em 10 de março de 1999, logo após nomeação do seu primeiro relator sobre os direitos da criança, o brasileiro Hélio Bicudo (1998-2001). Neste caso, conhecido como “*Detained Minors v. Honduras*”, “crianças de rua” foram arbitrariamente detidas e encarceradas com adultos, resultando em diversos abusos, entre eles, sexuais²⁵. Como se tratavam de flagrantes violações ao Artigo 5º da CADH (“Direito à Integridade Pessoal”), a Comissão sublinhou a proteção especial oferecida pelo Artigo 19 como garantia não derogável²⁶. Mesmo tendo evitado um posicionamento referente à violação da prescrição, o caso é dogmaticamente precioso, porque foi afirmado pela Comissão que:

Para uma interpretação das obrigações de um Estado em relação aos menores, além das disposições da Convenção Americana, a Comissão considera importante referir-se a outros instrumentos internacionais que contêm regras ainda mais específicas sobre a proteção das crianças. Esses instrumentos incluem a Convenção sobre os Direitos da Criança e as diversas declarações das Nações Unidas sobre o assunto. Essa combinação dos sistemas regionais e universal de direitos humanos para fins de interpretação da Convenção baseia-se no artigo 29 da Convenção Americana e na prática consistente da Corte e da Comissão nessa esfera²⁷.

(*Ms. X vs. Argentina*). Report No. 38/96, 15 October 1996. paras 102 e 105.

²⁵ Inter-American Commission on Human Rights. Case 11.491 (*Minors in Detention vs. Honduras*). Report No. 41/99, 10 March 1999.

²⁶ Inter-American Commission on Human Rights. Case 11.491 (*Minors in Detention vs. Honduras*), Report No. 41/99, 10 March 1999. paras. 69-70.

²⁷ Inter-American Commission on Human Rights. Case 11. (*Minors in Detention vs. Honduras*), Report No. 41/99, 10 March 1999. para. 72: “For an interpretation of a State’s obligations vis-a-vis mi-

Destarte, a ComIADH não somente defendeu uma interpretação ampla do Artigo 19 da CADH, mas também a aplicação do conceito de *corpus juris* a essa norma, o qual possui importância estratégica na jurisprudência dos dois órgãos de fiscalização, sendo desenvolvido pela CorteIADH²⁸ com base no Artigo 29, ao considerar a evolução dinâmica do Direito Internacional dos Direitos Humanos e optar por uma visão holística, não restrita ao sistema interamericano. Parte-se do reconhecimento da interdependência dos sistemas universal e regionais de proteção aos direitos humanos, com a análise dos instrumentos pertinentes para determinar o atual conteúdo de uma garantia de direitos humanos. Englobando tanto documentos de *hard law* (convenções) como de *soft law* (declarações), trata-se de um método para identificar obrigações a serem cumpridas pelos Estados²⁹.

A extensão desse conceito aos direitos da criança foi ratificada pela própria Corte, em 19 de novembro de 1999, no caso “*Street Children (Villagran-Morales et al.) v. Guatemala*”³⁰, o qual versa sobre “crianças de rua” abusadas e clandestinamente detidas pelas forças de segurança daquele país. Na oportunidade, a Comissão exigiu a condenação do Estado por violação do Artigo 19 e apontou uma ampla gama de obrigações dele decorrentes, inclusive de natureza social e econômica³¹.

Já que foi o primeiro caso submetido à Corte com tal alegação, os juízes resolveram se aproximar do Artigo 19 por inicialmente esclarecer seu âmbito de proteção pessoal, uma vez que algumas das “crianças de rua” já tinham mais de 18 anos de idade. Perguntou-se, portan-

nors, in addition to the provision of the American Convention, the Commission considers it important to refer to other international instruments that contain even more specific rules regarding the protection of children. Those instruments include the Convention on the Rights of the Child and the various United Nations declarations on the subject. This combination of the regional and universal human rights systems for purposes of interpreting the Convention is based on Article 29 of the American Convention and on the consistent practice of the Court and of the Commission in this sphere”.

²⁸ Ver, p.ex.: Inter-American Court of Human Rights. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. Advisory Opinion No. 16/99, 1 October 1999. para. 115.

²⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1999. p. 185.

³⁰ Inter-American Court of Human Rights. *Villagran-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63.

³¹ Inter-American Court of Human Rights. *Villagran-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 185.

to, qual o conceito da criança contido nessa prescrição. Como o Artigo 19 não se manifesta sobre o assunto, os juízes optaram por aproveitar a definição objetiva oferecida pelo Art. 1º da CDC, ratificada pela Guatemala e, como visto, exprimindo um consenso internacional³².

A seguir, os juízes observaram uma dupla vitimização das “crianças de rua” pelo Estado: primeiro, pela omissão de

impedi-los de viver na miséria, privando-os assim das condições mínimas para uma vida digna e impedindo-os do “desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade”, embora toda criança tenha o direito de abrigar um projeto de vida que deve ser cuidado e incentivado pelas autoridades públicas para que possa desenvolver este projeto para seu benefício pessoal e da sociedade a que pertence³³[...],

segundo, pelas agressões físicas sofridas por seus agentes de segurança.

Destarte, a Corte afirmou a necessidade de adotar uma visão multidimensional dos direitos da criança, por meio do reconhecimento da sua dignidade e seu direito ao desenvolvimento, tendo como faces positivas certas condições socioeconômicas que a possibilitam ter uma vida suficientemente autodeterminada. Ao estabelecer as obrigações que decorrem do Artigo 19, a Corte observou que

Tanto a Convenção Americana quanto a Convenção sobre os Direitos da Criança fazem parte de um corpus juris internacional abrangente para a proteção da criança que deve ajudar a Corte a estabelecer o conteúdo e o alcance da disposição geral estabelecida no artigo 19 da Convenção Americana³⁴.

³² Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 188.

³³ Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 191: “prevent them from living in misery, thus depriving them of the minimum conditions for a dignified life and preventing them from the “full and harmonious development of their personality”, even though every child has the right to harbor a project of life that should be tended and encouraged by the public authorities so that it may develop this project for its personal benefit and that of the society to which it belongs”.

³⁴ Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 194: “Both the American Convention and the Convention on the Rights of the Child form part of a very comprehensive international *corpus juris* for the protection of the child that should help this Court establish the content and scope of the general provision established in Article 19 of the American Convention”.

A seguir, citou diversas garantias da CDC, concluindo que elas permitiam definir o escopo das “medidas de proteção” exigidas pelo Artigo 19, a partir “de ângulos diferentes”. Dessa forma, a Corte deixou clara a sua pretensão de tratar a norma como espécie de cláusula de abertura para o ingresso de direitos que não constam explicitamente na CADH, mas pertencem ao *corpus juris* que evoluiu no decorrer dos anos após a sua entrada em vigor, acrescentando ainda:

Entre eles, devemos enfatizar aqueles que se referem à não-discriminação, assistência especial para crianças privadas de seu ambiente familiar, a garantia de sobrevivência e desenvolvimento da criança, o direito a um padrão de vida adequado e a reabilitação social de todas as crianças. que são abandonados ou explorados³⁵.

Em resumo, a Corte confirmou a interpretação adotada pela Comissão de que é, sim, possível deduzir obrigações do Artigo 19 violáveis pelos Estados. O método que serve para determinar tais deveres, à luz de outros documentos internacionais sobre a matéria, é análise do *corpus juris* pertinente, que, no caso dos direitos da criança, tem como *standard* internacional a CDC, a qual, por sua vez, adere ao princípio da indivisibilidade dos direitos humanos. Diante desse quadro, a Corte considerou como legítimo e necessário examinar violações de garantias da chamada “2ª geração”, que, embora não previstas em espécie pela CADH, tem como “ponte” o seu Artigo 26. Essa ponte é reforçada pelo fato de que a primeira frase do Artigo 16 do Protocolo de São Salvador, de 1988, repete quase que literalmente o teor do Artigo 19 para, depois, acrescentar alguns direitos econômicos, sociais e culturais, como, por exemplo, o direito à educação.

4.3 A Opinião Consultiva nº 17/2002 e sua implementação

O próximo passo que serviu para consolidar os fundamentos dogmáticos estabelecidos em 1999 foi a Opinião Consultiva nº 17/2002 sobre a “Condição Ju-

³⁵ Inter-American Court of Human Rights. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case)* (Merits), 19 November 1999. Ser. C, No. 63. para. 196: “Among them, we should emphasize those that refer to non-discrimination, special assistance for children deprived of their family environment, the guarantee of survival and development of the child, the right to an adequate standard of living, and the social rehabilitation of all children who are abandoned or exploited”.

rídica e os Direitos Humanos da Criança”.³⁶ No parecer solicitado pela Comissão, a Corte não somente se pronunciou sobre as implicações do Artigo 19 para a interpretação das garantias judiciais que protegem crianças delinquentes, mas reafirmou que o conceito de criança a ser seguido no sistema interamericano corresponde aquele contido na CDC, razão pela qual não há necessidade de distinção entre crianças, menores, adolescentes etc., como sugerido por algumas legislações nacionais. Ademais, os juízes conceituaram o superior (melhor) interesse da criança como princípio regulador a ser aplicado em todos os casos envolvendo esse grupo vulnerável, sendo

baseado na própria dignidade do ser humano, nas características das próprias crianças e na necessidade de promover seu desenvolvimento, fazendo pleno uso de seu potencial, bem como sobre a natureza e o alcance da Convenção dos Direitos da Criança³⁷.

Destarte, a Corte concluiu, outra vez, sobre o direito da criança a viver em condições dignas, ou seja, socioeconomicamente adequadas para garantir-lhe o pleno desenvolvimento. Curiosamente, a Corte se embasou no direito à vida como principal “âncora” na CADH ao identificar obrigações de agir por parte dos seus Estados-signatários, ao invés de referenciar os Artigos 26 e 29 para justificar a análise de direitos econômicos, sociais e culturais. Observou, nesse contexto, que a realização do direito à educação era indispensável para uma vida digna e prevenir a exposição de criança a situações precárias. Assim, ofereceu um caminho dogmático aparentemente divergente da jurisprudência anterior para adotar uma visão holística dos direitos da criança. Os questionamentos provocados por esse posicionamento foram dirimidos pela Corte em “*Juvenile Reeducation Institute v. Paraguay*”, de 02 de setembro de 2004³⁸, em que tratou de menores presos em condições de superlotação, insegurança e salubridade, além de vários outros problemas muito sérios, mas até hoje comuns nos sis-

temas penitenciários na América. Nesse caso, a Corte reafirmou que

O exame do possível descumprimento por parte do Estado de suas obrigações nos termos do artigo 19 [...] deve levar em conta que as medidas de que esta disposição fala vão muito além da esfera dos direitos estritamente civis e políticos. As medidas [...] englobam aspectos econômicos, sociais e culturais que dizem respeito, antes de tudo, ao direito da criança à vida e direito ao tratamento humano³⁹.

De fato, não há nenhuma inconsistência em tratar o direito à vida junto com o direito ao tratamento humano, como garantias cuja realização exige mais do que uma atitude passiva do Estado⁴⁰. Embora sejam classificadas por parte da doutrina como pertencentes à “1ª geração”, tratam-se de direitos multidimensionais e de uma importância tão elementar que os vincula, necessariamente, aos direitos da “2ª geração”, que, conforme essa criticada classificação, é composta por direitos de prestação⁴¹. Quanto aos direitos da criança, o Artigo 19 sublinha essa interpretação multidimensional por requerer dos Estados “medidas de proteção” a seu favor. Tratando-se de uma cláusula de abertura para deixar ingressar aspectos econômicos, sociais e culturais de forma dinâmica, com previsto pelo também pelo artigo 26 da CADH, a Corte não hesitou em concluir que o Artigo 19 possibilita “importar” na CADH o direito à educação, previsto no Artigo 13 do Protocolo de São Salvador⁴².

Em resumo, a Corte não trata os dois caminhos dogmáticos indicados por sua jurisprudência como alternativos, mas complementares, dando, assim, mais robustez à sua argumentação. Esse fato foi enfatizado em 2005,

³⁶ Inter-American Court of Human Rights. *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/2002, 28 August 2002. Ser. A, No. 7.

³⁷ Inter-American Court of Human Rights. *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/2002, 28 August 2002. Ser. A, No. 7. para. 56: “based on the very dignity of the human being, on the characteristics of children themselves, and on the need to foster their development, making full use of their potential, as well as on the nature and scope of the Convention of the Rights of the Child”.

³⁸ Inter-American Court of Human Rights. *Case of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2 September 2004. Ser. C, No. 112.

³⁹ Inter-American Court of Human Rights. *Case of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2 September 2004. Ser. C, No. 112. para. 149: “The examination of the State’s possible failure to comply with its obligations under Article 19 [...] should take into account that the measures of which this provision speaks go well beyond the sphere of strictly civil and political rights. The measures [...] encompass economic, social and cultural aspects that pertain, first and foremost, to the children’s right to life and right to human treatment”.

⁴⁰ BURGOGUE-LARSEN, Laurence. *The Rights of the Child*. In: BURGOGUE-Larsen, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Chap. 16. p. 400.

⁴¹ Ver TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 136.

⁴² Inter-American Court of Human Rights. *Case of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 2 September 2004. Ser. C, No. 112. para. 255.

no caso “*Girls Yean and Bosico vs. República Dominicana*”⁴³, que adere, no sistema interamericano, unicamente à CADH. Nele, os juízes constataram que

[...] de acordo com o direito da criança à proteção especial consagrada no artigo 19 da Convenção Americana, interpretada à luz da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Protocolo Adicional [...] para assegurar o desenvolvimento progressivo contido no Artigo 26 da Convenção Americana [...], o Estado deve oferecer educação primária gratuita a todas as crianças em um ambiente apropriado e nas condições necessárias para garantir seu pleno desenvolvimento intelectual⁴⁴.

5 Considerações finais

Estamos diante uma história bonita e talvez pouca esperada por alguns: o Artigo 19 da CADH, *prima facie* sendo uma norma de irritante brevidade e vagueza, foi transformado sucessivamente pelos dois órgãos de monitoramento do sistema interamericano de direitos humanos de um broto, com futuro inseguro, em timbó sólido, com ramificações até no sistema universal dos direitos humanos. Quando adotada em 1969, essa impressionante evolução não foi garantida e talvez nem mesmo prevista pelos governos americanos. Mas, a sua construção não só é esteticamente bonita, mas também dogmaticamente robusta, pois decorre da própria “arquitetura” e sistemática da CADH, em particular, quando interpretamos o Artigo 19 *pro filiiis* à luz das suas outras garantias e normas de interpretação.

Importante destacar que foram as próprias prescrições da CADH, elaboradas e aceitas por seus Estados-partes, que fizeram a Corte desenvolver o conceito de *corpus juris* e estendê-los aos direitos da criança, os quais ganharam uma nova dinâmica com o advento da CDC de 1989, que é, hoje, o tratado de direitos humanos mais

ratificado do mundo. O embasamento desse acordo nos princípios da inviolabilidade e do superior interesse da criança torna consistente a visão holística e multidimensional dessas garantias, adotada em 1999 pela ComIA-DH e CorteIDH. É também legitimada pelo Artigo 26 da CADH, o qual trata do desenvolvimento progressivo das condições de vida, através do reconhecimento e da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A fundamentação adicional do direito da criança a viver em condições adequadas pelos direitos à vida e ao tratamento digno como garantias multidimensionais não é nada mais do que outra consideração dogmaticamente correta para justificar o que não deve ser criticado como “ativismo judicial”. Essa crítica não procede, mas, às vezes, pode se reputar, simplesmente, à falta de conhecimento da história aqui contada para fins didáticos e que, aliás, continua a ser escrita⁴⁵. Como não há também dúvidas de que a interpretação dada a esse Artigo taciturno atende ao superior interesse da criança, é preciso concluir que tanto a Comissão como a Corte cumpriram os papéis designados a elas, por levar a sério os direitos de um grupo vulnerável que, até os anos 1960, foi marginalizado pela doutrina da situação irregular.

Referências

ALSTON, Philip; TOBIN, John. *Laying the foundations for children's rights*. An independent study of some key legal and institutional aspects of the impact of the Convention on the Rights of the Child. Florence: UNICEF, 2005.

BUCK, Trevor. *International Child Law*. New York: Routledge, 2014.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. The Rights of the Child. In: BURGOGUE-Larsen, Laurence; ÚBEDA DE TORRES, Amaya A. *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 393-410.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS

⁴³ Inter-American Court of Human Rights. *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8 September 2005. Ser. C, No. 130.

⁴⁴ Inter-American Court of Human Rights. *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic* (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs), 8 September 2005. Ser. C, No. 130. para. 185: “according to the child’s right to special protection embodied in Article 19 of the American Convention, interpreted in the light of the Convention on the Rights of the Child and the Additional Protocol [...] in relation to ensure progressive development contained in Article 26 of the American Convention, the State must provide free primary education to all children in an appropriate environment and in the conditions necessary to ensure their full intellectual development”.

⁴⁵ Ver, p. ex., INTERAMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*. Advisory Opinion OC-21/13, 19 August 2014.

- HUMANOS. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1984-1985*, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc. 10 rev. 1. 1985.
- DE'TTRICK, Sharon. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. The Hague et al.: Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- GARDINER, Richard. *Treaty Interpretation*. 2.nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2017
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Instituições e Procedimentos. In: PETERKE, Sven (org.). *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília: ESM-PU, 2010. p. 191-203.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GATES, Crystal J. Working Toward a Global Discourse on Children Rights: The Problem of Unaccompanied Children and the International Response to Their Plight. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 7, n. 1, p. 299-334, 1999.
- GDHeE – Grupo de Direitos Humanos e Empresas da Direito GV. *O direito à proteção integral das crianças e dos adolescentes no contexto de grandes empreendimentos: papéis e responsabilidades das empresas*. FGV, 4 de dezembro de 2013. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18797/GDHeE_Jerez%3B%20Almeida%3B%20Scabin%3B%20Neiva%3B%20Poppovic%3B%20Vieira%3B%20Brezighello.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 05 jul. 2019.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on the Situation of Political Prisoners and their Families in Cuba*. OEA/Ser.L/II.7/ Doc. 4, May 17, 1963.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on the Procedures of the Inter-American Commission on Human Rights in the Dominican Republic*. OEA/Ser.L/V/II.13, Doc. 14 rev., October 15, 1965.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Report on the Human Rights Situation in Haiti*. OEA/Ser.L/V/II.21, Doc. 6 rev. 21, May 1969.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Annual Report 1991*, OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1, 14 February 1992.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case 10.506 (Ms. X vs. Argentina)*. Report No. 38/96, 15 October 1996.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case 11.491 (Minors in Detention vs. Honduras)*. Report No. 41/99, 10 March 1999. Disponível em: Inter-American Court of Human Rights. *Velásquez Rodríguez v. Honduras (Merits)*. 29 July 1988. Ser. C, No. 4.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*. Advisory Opinion No. 16/99, 1 October 1999.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Villagrán-Morales et al. vs. Guatemala (The Street Children Case) (Merits)*. 19 November 1999. Ser. C, No. 63.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Legal Status and Human Rights of the Child*. Advisory Opinion OC-17/2002, 28 August 2002. Ser. A, No. 7.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case of the "Juvenile Reeducation Institute" v. Paraguay (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*. 2 September 2004. Ser. C, No. 112.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic (Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs)*. 8 September 2005. Ser. C, No. 130.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. *Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need of International Protection*. Advisory Opinion OC-21/13, 19 August 2014.
- KÄLIN, Walter; KÜNZLI, Jörg. *The Law of International Human Rights Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KUPER, Jenny. *International Law Concerning Child Civilians in Armed Conflict*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MAHOOD, Linda. *Feminism and Voluntary Action: Eglantyne Jebb and Save the Children, 1876-1928*. New York: Palgrave Macmillan, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *The Law of Treaties. A Comprehensive Study of the 1969 Convention and Beyond*. Rio de Janeiro, GEN/Forense, 2016.

MOODY, Zoe. The United Nations Declaration of the Rights of the Child (1959): Genesis, transformation and dissemination of a treaty (re)constituting a transnational cause. *Prospect*, v. 45, p. 15-29, 2015.

MORLACHETTI, Alejandro. *Comprehensive national child protection systems*. Legal basis and current practice in Latin America and the Caribbean. Santiago/Chile: UN, 2013.

PASQUALUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

THIRLWAY, Hugh. Human Rights in Customary Law: An Attempt to Define Some of the Issues. *Leiden Journal of International Law*, v. 28, n. 3, p. 495-506, 2015.

TOBIN, John. *The UN Convention on the Right of the Child: A Commentary*. Oxford University Press, 2013.

TOMUSCHAT, Christian. *Human Rights. Between Idealism and Realism*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1999.

VAN BUEREN, Geraldine. *The International Law on the Rights of the Child*. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

VERHELLEN, Eugeen. The Convention on the Rights of the Child: Reflections from a historical, social policy and educational perspective. In: VANDENHOLE, Wouter *et al.* (ed.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*. New York: Routledge, 2015. p. 43-59.

WILLIAMS, Andrew. The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: Confronting a Heresy. *European Journal of International Law*, v. 24, n. 4, p. 1157-1185, 2013.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.