

Transições

Centro Universitário Barão de Mauá

Título

Garantia dos princípios constitucionais na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente

Autores

Natane Costa Mello
Alcides Belfort da Silva

Ano de publicação

2021

Referência

MELLO, Natane Costa; SILVA, Alcides Belfort. Garantia dos princípios constitucionais na aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Transições**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, 2021.

Recebimento: 29/03/2021

Aprovação: 10/06/2021

GARANTIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA APLICAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

GUARANTEE OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN THE APPLICATION OF THE STATUTE OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Natane Costa Mello*
Alcides Belfort da Silva **

Resumo: O presente trabalho visa analisar os princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico, em garantir a proteção das crianças e dos adolescentes, na adequação aos princípios basilares do direito e no âmbito processual, considerando a proteção integral prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, verificando a existência de conflitos aparentes entre as normas, e na hipótese de infringência de princípios constitucionais em detrimento à proteção aos direitos da criança e do adolescente, indicar a norma verdadeiramente aplicada à situação.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Direito. Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract: This paper aims to analyze the constitutional principles of our legal system, in ensuring the protection of children and adolescents, in the adequacy to the basic principles of law and in the procedural sphere, considering the integral protection provided for in the Statute of the Child and Adolescent, verifying the existence of apparent conflicts between the norms, and in the hypothesis of infringing constitutional principles to the detriment of the protection of the rights of children and adolescents, indicate the standard truly applied to the situation.

Keywords: Constitutional rules. Law. Estatuto da Criança e do Adolescente.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Advogada OAB/SP. Contato: natanemello@gmail.com

** Doutorando em Tecnologia Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Tecnologia da UNAERP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNAERP. Professor de graduação no Centro Universitário Barão de Mauá. O presente trabalho foi realizado com apoio da CAPES – Código de financiamento 001. Contato: alcides.belfort@baraodemaua.br

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar a efetividade da proteção às crianças e às adolescentes, de modo a reduzir os danos causados, garantindo o respeito e a adequação à legislação.

A salvaguarda dos direitos da criança e do adolescente em respeito aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta, de forma a verificar se há o efetivo cumprimento dos direitos e garantias preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela recomendação nº 33/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como da não supressão de princípios basilares da Constituição Federal (1988) durante a tomada dos depoimentos.

Com o advento da lei 13.431/2017, e as inovações trazidas no procedimento para adoção dos menores, devem ser preservados os princípios constitucionais, e a cidadania, visando garantir os direitos dos menores, na condição de pessoa em desenvolvimento, de forma prioritária e integral.

Com relação, à proteção integral à criança e ao adolescente, e redução da “revitimização”, tendo em vista, a preservação ao devido processo legal, durante todo o procedimento do depoimento pessoal.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Primeiramente, importante compreender a definição de princípio, para então poder entender sua origem, objetivo e utilização no âmbito processual. Celso Antônio Bandeira de Mello (1991) define princípio como sendo:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a

racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”

A palavra princípio, em análise etimológica, é originária do latim, *lat principium*, e significa ‘começo, exórdio, início’.

No direito, em síntese, os princípios têm diversas definições, sendo três delas as principais, sendo a primeira a definição de princípio como normal geral de grande valor no ordenamento jurídico, que seriam um modelo ou exemplo a ser seguido pelas demais normas, respeitando os valores ali expressos.

Em segunda definição, princípios são norteadores para estabelecer normas específicas, que devem tomar como base o princípio.

Por fim, a última definição para princípio seria de uma generalização, a partir das normais preexistentes sobre diversas matérias.

Os princípios constitucionais são a base de todo o ordenamento jurídico, trazidos pela Carta Magna de 1988, e se tratam nada menos da origem de todas as normas editadas, e do próprio direito em si, tendo em vista não ter como falar de sistema jurídico sem remeter-se aos princípios trazidos pela Constituição.

A instituição dos princípios foi baseada na necessidade de assegurar à sociedade o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais, dada a evolução da sociedade e a intervenção do Estado nas relações interpessoais e com o próprio Estado, garantindo maior segurança aos cidadãos.

Desse modo, os princípios direcionarão o melhor caminho a ser tomado de forma a evitar injustiças entre os titulares de direitos.

O artigo 5º, da Constituição Federal enumera, de forma genérica, diversos princípios a serem resguardados, sendo os mais relevantes para esta discussão os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e dignidade da pessoa humana.

DEFINIÇÃO E FINALIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO

A Constituição Federal de 1988, além de trazer diversos princípios gerais, também traz à baila princípios relacionados diretamente ao processo, direcionadas a garantir uma justiça eficiente e justa aos interessados.

Antes de haver tal previsão legal, recorrentes eram as injustiças e disparidades na aplicação do direito, tendo em visto o poder detido por pequena parcela da população, que por seus privilégios, de forma arbitrária, acabavam por suprimir os direitos dos demais entes da sociedade, que não possuíam meios de defender seus direitos.

Após a Segunda Guerra Mundial, o processo passou a ter importância para solução dos conflitos entre as partes, como principal meio de aplicação do direito material.

A partir de então, a observância de princípios como da ampla defesa e contraditório, devido processo legal, igualdade, juiz natural, entre outros, passaram a ser filtros para validade das decisões proferidas nos processos, o que vem sendo praticado desde então em nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, o Novo Código de Processo Civil (2015), aliado aos princípios constitucionais, preconiza sobre os direitos fundamentais:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência

Tal previsão é vista como um grande avanço no processo constitucional, sendo a observância dos princípios constitucionais no processo um fenômeno recente.

Atualmente, os princípios constitucionais devem ser observados na elaboração das leis, durante o processo legislativo, bem como na aplicação das leis no processo pelos auxiliares da justiça, no poder judiciário, sempre em conformidade com o que preconiza a Constituição Federal.

Importante ressaltar, os princípios constitucionais do processo são de suma importância diante de possíveis conflitos entre as normas infraconstitucionais e constitucionais, estabelecendo, no caso concreto, qual princípio será aplicado ao caso, conseqüentemente, prevalecendo sobre os demais.

PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Iniciando os princípios constitucionais em espécie, o princípio do devido processo legal representa um dos princípios processuais mais importantes de todo o ordenamento jurídico, sendo o mais abrangente.

Essa expressão deriva do direito inglês, denominado “*Due Process of Law*”, previsto no “*Statute of Westminster of the Liberties of London*”, que seria o direito a um processo justo.

A introdução expressa do princípio do devido processo legal se deu somente na Constituição Federal de 1988, quando já consolidado o Estado Democrático de Direito, demonstrando que até então não havia grande preocupação com um processo justo e seguro para os cidadãos.

O princípio do devido processo legal está previsto no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal, preconizando que “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (BRASIL, 2012).

Por sua abrangência, grande parte dos doutrinadores considera que o princípio do devido processo legal comporta diversos outros princípios, como o do juiz natural, o do duplo grau de jurisdição,

da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, entre outros.

O princípio visa garantir o cumprimento de todas as normas previstas em nosso ordenamento jurídico, pelo Estado, durante o trâmite processual, passando por todas as instâncias e seguindo o rito processual adequado, sempre de forma adequada à Constituição Federal.

O princípio do devido processo legal se aplica a todas as matérias de direito, independentemente se perante o poder judiciário, legislativo ou executivo, conforme segue:

O princípio do devido processo legal vale para qualquer processo judicial (seja criminal ou civil), e mesmo para os processos administrativos, inclusive os disciplinares e os militares, bem como nos processos administrativos previstos no ECA (TAVARES, 2006).

Importante ressaltar, diversos doutrinadores se insurgem contra procedimentos que não asseguram o devido processo legal, como no inquérito processual, baseado no Código de Processo Penal, alegando que a Constituição Federal é afrontada diretamente, o que levaria a nulidade de todos estes procedimentos inquisitórios.

O princípio do devido processo legal visa proteger o direito à vida, à liberdade e à propriedade, seja material ou imaterial, considerados direitos fundamentais pela Constituição Federal.

Atualmente, em razão da existência de garantias específicas previstas na Constituição Federal, alguns doutrinadores, baseando-se em decisão jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, afirmam que o princípio caiu em desuso, valendo-se as partes de princípios mais direcionados e específicos ao caso concreto, como o princípio do contraditório e da ampla defesa.

PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório e da ampla defesa deriva do princípio do devido processo legal, porém com aplicabilidade mais específica, sendo mais utilizado atualmente na defesa dos direitos dos litigantes.

O princípio do contraditório e da ampla defesa está previsto no inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal, preconizando que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a eles inerentes” (BRASIL, 2012).

Apesar de comumente mencionados de forma conjunta, tendo em vista sua tênue diferenciação, o princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa possuem suas particularidades.

O princípio do contraditório diz respeito ao direito das partes de tomarem conhecimento do quanto alegado pelos demais e ao direito de se contrapor ao que foi dito, por meio de sua versão dos fatos, bem como por meio probatório.

A expressão *audiatur et altera pars*, relacionada ao princípio do contraditório, dispõe sobre a necessidade de informação de ambas as partes quanto aos atos praticados no processo, com possibilidade de manifestação e oposição.

Aqui deve-se mencionar a importância de outros princípios constitucionais, aliados ao princípio do contraditório, como o da imparcialidade do juiz, que deve promover a igualdade entre as partes, tendo o mesmo direito de serem informadas e ouvidas, neste sentido:

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer

disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida (LIEBMAN apud MARCATO, 1980).

Já o princípio da ampla defesa diz respeito à possibilidade da parte de alegar toda a matéria pertinente ao seu direito, sejam fatos constitutivos, por meio do direito de ação, ou de fatos modificativos, impeditivos ou extintivos, por meio do direito de defesa, bem como de prová-los por todos os meios de prova possíveis.

Importante ressaltar a importância do cumprimento deste princípio, tendo em vista que por meio das alegações e provas trazidas ao processo, a parte pode influenciar diretamente o convencimento do juiz.

Em conformidade com o princípio da ampla defesa, a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal preconiza:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (BRASIL, 2009).

Assim, tendo objetivos parecidos, a unificação do princípio do contraditório e da ampla defesa traz a garantia de informação de todos os atos praticados pela parte contrária e pelos auxiliares da justiça, podendo opor-se, além de provar todo o alegado pelos meios de provas admitidos no processo, garantindo igualdade entre as partes.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é trazido pelo inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, que dispõe sobre o Estado Democrático de Direito e seus fundamentos, conforme:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2012)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes trazidos pela Constituição Federal, remetendo-se diretamente ao tratamento dos indivíduos de uma sociedade.

A dignidade da pessoa humana somente ganhou visibilidade após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), que menciona diretamente o termo dignidade:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (ONU, 1948)

O conceito de dignidade de pessoa humana é amplo, tendo em vista não se tratar somente de um princípio, mas de uma definição abstrata do tratamento de cada indivíduo da sociedade, de forma a assegurar-lhes segurança e respeito como pessoa humana.

Importante ressaltar que cada área do direito pode ter uma interpretação e utilização diferente das demais áreas no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, de acordo com o objetivo da legislação.

O Novo Código de Processo Civil trouxe, de uma forma geral, uma constitucionalização das normas existentes no diploma legal, tendo,

em seu artigo 8º, trazido, implicitamente, a previsão da dignidade da pessoa humana como alicerce das normas de processo civil.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Para o direito, o princípio da dignidade da pessoa humana é a fonte dos valores de todos os demais princípios, não sendo somente uma norma positivada a ser seguida, mas uma garantia inerente da sociedade, tendo o direito a função de assegurar seu respeito e cumprimento.

PRINCÍPIOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, com base em seu artigo 227, adotou-se a ampla proteção e prioridade absoluta dos direitos das crianças e adolescentes, como marco principal na mudança do caráter atribuído aos menores e de seu tratamento.

Já em 1990, com a Convenção Sobre os Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente, são trazidos os primeiros traços de tratamento diferenciado a crianças e adolescentes, que não são mais tratados da mesma forma que adultos, tendo direitos e prioridades exclusivas.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores passaram a ter tratamento específico, tendo em vista sua condição de pessoa em desenvolvimento, com políticas próprias voltadas a sua proteção, assim como os idosos, os portadores de deficiência, as gestantes.

O ECA dispõe sobre os direitos das crianças e adolescentes, por meio de princípios e regras de direito, além de elencar os crimes

praticados contra os menores e sua sanção, as medidas de proteção, o auxílio à família e sua guarda e tutela.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

A Lei 8.069/90 é norteada por princípios, originários da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, que definem a aplicação e interpretação da lei no que tange às crianças e adolescentes.

Aliado à Constituição Federal de 1988, o ECA visa garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente, por meio de legislação específica, com princípios como a proteção integral, princípio da prioridade absoluta, princípio da prevalência dos direitos dos menores, entre diversos outros.

Os princípios trazidos pelo ECA são de extrema importância para assegurar o amparo às crianças e aos adolescentes.

DEFINIÇÃO E FINALIDADE DOS PRINCÍPIOS

As normas trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes são normas de ordem pública, que norteiam o ordenamento jurídico no que se trata de crianças e adolescentes, devendo ser cumpridas, obrigatoriamente, por toda a sociedade.

O Estado deve garantir o cumprimento das normas de proteção às crianças e aos adolescentes, em razão de sua natureza *jus cogens*, e do interesse do Estado em assegurar a proteção aos direitos fundamentais.

Os princípios trazidos pelo ECA baseiam-se, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, remetendo à importância do

tratamento digno e respeitável aos menores, que são mais vulneráveis e se encontram em desenvolvimento.

A importância destes princípios se encontra no fato de que, até pouco tempo, os menores eram tratados como propriedade por seus responsáveis, não como sujeitos de direitos, que necessitavam ter estes direitos resguardados.

Após, foi reconhecida a importância de resguardar os direitos e deveres das crianças e dos adolescentes, ocorrendo relevantes mudanças no tratamento dos menores, principalmente com a introdução do poder familiar, mudando a autoridade dos pais ou responsáveis por estes menores.

Em suma, estes princípios nada mais são do que a expressão dos valores trazidos pela sociedade, baseados nas normas já existentes e na segurança necessária para assegurar a proteção às crianças e adolescentes.

O Estatuto é regido por uma série de princípios genéricos, que representam postulados fundamentais da nova política estatutária do direito da criança e do adolescente.

Em regra, o direito é dotado de princípios gerais genéricos, que orientam a aplicação prática dos seus conceitos.

Assim, o Estatuto contém princípios gerais, em que se assentam conceitos que servirão de orientação ao intérprete no seu conjunto (NOGUEIRA, 1996).

Dentre estes princípios, destacam-se os princípios da proteção integral, da prioridade absoluta, da prevalência dos direitos dos menores e do melhor interesse do menor, que possuem maiores reflexos no ordenamento jurídico.

PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O princípio da prioridade absoluta está previsto no artigo 227, da Constituição Federal, que preconiza:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2012).

O princípio da prioridade absoluta também está previsto no artigo 4º e 100, parágrafo único, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares (BRASIL, 1990).

O princípio traz a preferência das crianças e adolescentes nas políticas e programas realizados pelo Estado referentes à saúde,

educação, alimentação, lazer, cultura, profissionalização, bem como para repressão de violência, discriminação, exploração.

Importante ressaltar que a aplicação deste princípio se dá em todos os âmbitos, seja administrativo, judicial, social ou familiar, sempre prevalecendo o interesse dos menores sobre os demais.

Por meio do princípio da prioridade absoluta, é possível assegurar a concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, que possuem a atribuição de futuro da sociedade.

A prioridade das crianças e adolescentes abrange o direito de receber socorro e ser atendido nos serviços públicos prioritariamente, além da prioridade nas políticas públicas e na destinação dos recursos para sua proteção.

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL

O princípio da proteção integral foi trazido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, que trouxe a responsabilidade dos pais, responsáveis e pelo Estado do cuidado dos menores, conforme redação:

Art. 3º, 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas (BRASIL, 1990).

No Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da proteção integral está previsto no artigo 1º, que preconiza que “*Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente*” (BRASIL, 1990).

Além deste artigo, a proteção integral à criança e ao adolescente ainda está previsto no artigo 3º, do Estatuto:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

O princípio da proteção integral se deriva, diretamente, do princípio da dignidade da pessoa humana, porém direcionado para às crianças e adolescentes, de forma mais específica para atender às necessidades dos menores.

Este princípio preconiza, em síntese, a proteção pela família, pelo Estado e pelos demais responsáveis, dos menores que estão sob sua guarda ou tutela, de forma ampla, assegurando o tanto quanto necessário para seu desenvolvimento e bem-estar.

Neste princípio estão inseridos outros princípios, como o da prioridade absoluta e a destinação privilegiada dos recursos e espaços públicos para atividades culturais, esportivas e de lazer destinada aos menores, inserido no artigo 59, que diz que "*Os municípios, com apoio dos estados e da União, estimularão e facilitarão a destinação de recursos e espaços para programações culturais, esportivas e de lazer voltadas para a infância e a juventude.*"

A proteção integral compreende valores como segurança, saúde, cultura, esporte, lazer, religião e habitação, considerados básicos para o desenvolvimento da criança e do adolescente em sociedade.

Isto significa que, além dos direitos garantidos aos adultos, maiores de 18 anos, as crianças e adolescentes terão mais segurança jurídica, garantida pelo Estado, para seu pleno amadurecimento.

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

O princípio do melhor interesse do menor tem origem no direito anglo-saxônico, baseado no conceito de *parens patriae*, em que o Estado age como pai de crianças e adolescentes, quando há abuso ou negligência.

Na época em que surgiu, o princípio era aplicado, de forma uniforme, para crianças e adolescente e para os loucos, sendo alterado após o século 17, separando a proteção dos menores da proteção dos enfermos mentais.

O princípio do melhor interesse do menor foi consolidado com Declaração dos Direitos da Criança de 1959, aplicando-se a todas às crianças e adolescentes, independentemente da sua situação.

Após, com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, o princípio ganhou maior relevância, aliado ao princípio da proteção integral, em busca de garantir os direitos fundamentais dos menores.

O princípio tem o objetivo de garantir que o interesse do menor seja sempre analisado, de forma individual, em cada caso que em seja aplicado, com suas peculiaridades, bem como de forma geral, considerando toda a sociedade.

Assim, quando analisado algum preceito ou norma, sempre deverá ser levado em consideração a melhor aplicação para as crianças e adolescentes, baseado nas suas necessidades, bem como para sua elaboração, neste sentido:

Assim, na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do melhor interesse, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o princípio do melhor interesse toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete. Melhor interesse não é o que o Julgador entende que é melhor

para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como criança, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível. À guisa de exemplo, vamos pensar em uma criança que está em risco, vivendo pelas ruas de uma grande cidade, dormindo ao relento, consumindo drogas, sujeita a todo tipo de violência. Acolhê-la e retirá-la das ruas, mesmo contra sua vontade imediata, é atender ao princípio do melhor interesse. Com o acolhimento, busca-se assegurar o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao respeito como pessoa, à sua dignidade, a despeito de não se atender, naquele momento, ao seu direito de liberdade de ir, vir e permanecer, onde assim o desejar. Trata-se de mera ponderação de interesses e aplicação do princípio da razoabilidade. Apesar de não conseguir assegurar à criança todos os seus direitos fundamentais, buscou-se a decisão que os assegura em maior número, da forma mais ampla possível (MACIEL, 2014).

Portanto, os aplicadores do direito devem sempre prezar pelo atendimento do interesse da criança e do adolescente, não só pela instrumentalização processual, tendo em vista o reflexo no desenvolvimento dos menores.

O DEPOIMENTO ESPECIAL E A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO

A nova legislação, por meio do depoimento especial, visa assegurar a proteção integral e o melhor interesse do menor, de modo a evitar a revitimização pelas crianças e adolescentes.

Entretanto, por ser um método aplicado principalmente no processo penal, em que a penalização se dá por meio de restrição de direitos ou privação de liberdade, deve-se sempre prezar pelo respeito ao contraditório e a ampla defesa, de modo a evitar injustiças.

Anteriormente à previsão do depoimento especial, o Código de Processo Penal já trazia, em seu artigo 217, a possibilidade de se colher o depoimento da vítima por meio de videoconferência ou sem a presença do Réu, caso haja algum prejuízo sério para a vítima, conforme se pode conferir:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor (BRASIL, 1941).

Assim, apesar do depoimento especial se tratar de medida inédita no direito, se assemelha a procedimento já regulamentado, em que a oitiva se dava em local apartado das demais partes em casos excepcionais, para se preservar a vítima, sem qualquer irregularidade.

Doutrinadores se posicionam a favor da colheita do depoimento especial, afirmando ser oportunizado às partes a ciência dos atos e a possibilidade de reação, opondo-se ao que entenderem inválido.

Pontua-se que o que seria capaz de tornar o ato nulo seria somente eventual prejuízo a perfeita audição, visão ou comunicação com a vítima durante o procedimento, o que prejudicaria a capacidade de exercer o contraditório pela defesa.

Além da inovação trazida pela nova legislação estar de acordo com os princípios constitucionais, ainda é um grande instrumento na busca pela verdade real dos fatos durante a inquirição, sem gerar maiores abalos emocionais e psicológicos aos menores vítimas e testemunhas de violência.

Assim, o entendimento majoritário é de que o depoimento especial trouxe benefícios ao processo, de modo a evitar nova exposição à violência pela criança e pelo adolescente vítima ou testemunha durante sua inquirição, observando princípios como o da dignidade da pessoa humana, prioridade absoluta e proteção integral.

CIDADANIA: PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS

Os direitos metaindividuais abrangem toda coletividade de forma indeterminada e indeterminável, e a utilização de ações coletivas para resolução de conflitos em massa traz segurança jurídica, e uniformização nas decisões acerca do tema que abrange toda coletividade.

Nessa esteira, os competentes legitimados particulares para tutela dos interesses coletivos, são as associações civis, as quais tenham por finalidade em seu estatuto social, a proteção de interesses sociais, que atinjam interesse de uma coletividade, para solução de conflitos em massa.

O direito metaindividual é definido Mancuso nos seguintes termos, vejamos:

Não pertencem a uma pessoa física ou jurídica determinada, mas a uma comunidade amorfa, fluida e flexível, com identidade social, porém sem personalidade jurídica (MANCUSO, 1994).

No mesmo caminho andam o conceito de cidadania, o qual preconiza a efetivação dos direitos civis, políticos e social e econômicos, como uma forma de bem-estar na sociedade:

A expressão cidadania tem origem na Roma antiga e servia para designar condição social, política e jurídica de uma pessoa, implicando a possibilidade de plena participação na vida social, inclusive no governo. (...) Na França da segunda metade do século XVIII, no quadro da Revolução Francesa, quando eram combatidas as injustiças sociais ligadas à discriminação, uma das propostas era a eliminação dos privilégios da Nobreza. Passou-se, então, a usar as expressões cidadão e cidadã para indicar que já não haveria nobres e que todas as pessoas, em condições de igualdade, poderiam participar plenamente da vida social e influir sobre o governo. Assim, a cidadania era a síntese da liberdade e da igualdade de

todos e implicava o direito de gozar de todos os benefícios proporcionados pela vida social e de se fazer ouvir em relação a todos os assuntos de natureza comum (DALLARI, 2001).

A origem do termo cidadania tem seu marco na antiga Grécia onde o direito de participação influenciava nos poderes políticos à época (JAGGER, 1986). Com a vinda da idade Média, a cidadania perdeu um pouco de suas forças (BRAUDEL, 1965).

No Brasil o termo cidadania ganhou notoriedade com o advento da Abolição da Escravatura, observemos:

O ponto de partida para a instauração da cidadania, civil e política, no Brasil é a Revolução política burguesa, que, entre 1888 (Abolição da escravidão) e 1891 (proclamação da Constituição republicana), subverteu o sistema jurídico, instaurando a forma-sujeito de direito em sua versão elementar (o que significa o reconhecimento estatal de todos os agentes da produção, independentemente de sua posição na estrutura econômica — proprietário dos meios de produção, trabalhador — como sujeitos individuais de direitos). Seria inviável a concretização da cidadania, civil ou política, na sociedade escravista imperial, dada a total incompatibilidade da forma-sujeito de direito com qualquer modo de produção escravista, antigo ou moderno. Os escravos eram considerados como "coisas" pelo direito escravista: e, portanto estavam excluídos, por definição, da categoria dos sujeitos individuais de direitos. Consequentemente, a forma universalista e igualitária dos direitos individuais jamais poderia se impor numa sociedade escravista. Tinham razão, portanto os abolicionistas e os republicanos radicais, quando sustentavam que, no Brasil imperial, não havia direitos; apenas privilégios (vale dizer, prerrogativas enunciadas em termos particularistas, pois formalmente reservadas aos integrantes da ordem dos homens livres) (SAES, 2001).

Inferimos que cidadania é a possibilidade de iniciativa participativa na política do Estado Democrático de Direito, que segundo Kildare Gonçalves Carvalho resume em:

Liberdade-participação, que é assegurada a determinada categoria de nacionais, os chamados cidadãos. Portanto, há de se distinguir entre nacional e cidadão: nacional é aquele que se acha vinculado ao Estado por um liame jurídico-público, que o sujeita à ordem jurídica estatal; já o cidadão é o nacional capaz de exercer direitos políticos. Anote-se, contudo, que alguns autores, tomam uma expressão pela outra, sem distingui-las. Em nosso Direito no âmbito dos direitos políticos, nacionalidade e cidadania não se equivalem: cidadão é o nacional investido na condição de participante no processo político (CARVALHO, 2006).

Para Zapata (2001), cidadania é conceituada como:

Esta concepción cobra fuerza a partir de los planteamientos Aristotélicos que establecen la importancia de un marco político para la configuración del ciudadano, en donde el tipo de gobierno y régimen demarca una manera particular de actuación. Para Aristóteles, el tipo de gobierno se refiere a la forma de actuación de la ciudadanía que podía estar orientada hacia el interés individual o interés común, bajo el gobierno de unos pocos o de un colectivo; acorde con ello, distingue dos tipos de regímenes: los rectos, que privilegian la búsqueda del bien general frente al particular (monarquía, aristocracia, república) y los desviados, que aventajan el beneficio particular frente al común (tiranía, oligarquía, democracia).¹

No que tange a proteção dos direitos dos cidadãos, o neoconstitucionalismo nada mais é que a constitucionalização dos direitos, sendo necessária a concretização do exercício da cidadania (SANCHIS, 2004).

Resumidamente a cidadania é o exercício de direitos e deveres

¹ Este conceito leva a força de abordagens os aristotélicos que estabelecem a importância de um quadro político para a configuração do cidadão, onde o tipo de governo e regime define um modo particular de agir. Para Aristóteles, o tipo de governo refere-se à forma de ação de cidadania que pode ser direcionada para o interesse individual ou o interesse comum, sob o governo dos poucos, ou de um coletivo; De acordo com este motivo, distingue dois tipos de regimes: os justos, que a prossecução do interesse geral contra o particular (monarquia, aristocracia, República) e desviados, que está à frente do benefício particular contra o comum (tiranía, oligarquia, privilégio democracia). (Texto traduzido pelo autor)

nas relações interpessoais e nas relações com o Estado, sendo que, para o crescimento social deve ser preservada a manutenção dos direitos sociais numa determinada sociedade.

Segundo Tejerina (2005), o conceituar cidadania, nada mais é que o efetivo exercício de movimentos sociais, conforme a seguir:

Un primer ejemplo. La implementación del conjunto de derechos civiles, políticos y sociales, entre las mujeres ha encontrado siempre fuertes resistencias (...) Un segundo ejemplo. La limitación en la extensión de los derechos de ciudadanía a colectivo étnicamente diversos o con pautas etno culturalmente diferenciadas de las preexistentes en las sociedades (...) Unter cer ejemplo. Al menos desde la década de 1960 y em algunos casos mucho antes se vienen manifestando de manera constante tendencias a la disgregación dentro de estados nación ya constituidos por parte de grupos con una personalidad propia.²

No Brasil, as elites não se interessam pelas classes menos favorecidas, ficando estes indivíduos à margem da sociedade.

Desta forma, se faz necessário uma integração entre políticas públicas e organizações sociais para defesa dos direitos coletivos dos cidadãos.

O multiculturalismo é outro fenômeno que devemos trazer à tona, de fundamental importância para dignidade da pessoa humana, senão vejamos:

Multiculturalismo, justiça multicultural, direitos coletivos, cidadanias plurais são hoje alguns dos termos que procuram jogar com as tensões entre a diferença e a igualdade, entre a exigência de reconhecimento da

² Um excelente exemplo. A implementação de todos os direitos civis, políticos e sociais, entre as mulheres sempre encontrou forte resistência (...) Um segundo exemplo. O em limitação da extensão dos direitos de cidadania para coletivo etnicamente diversos ou com orientações etno culturalmente diferenciadas das sociedades pré-existentes do MS (...) Um terceiro exemplo. Pelo menos desde a década de 1960 e em alguns casos muito mais cedo é vir manifestar de forma consistente para a desintegração de Estados-nação dentro de tendências já constituída por grupos com uma personalidade. (Texto traduzido pelo autor)

diferença e de redistribuição que permita a realização da igualdade. Essas tensões estão no centro das lutas de movimentos e iniciativas emancipatórias que, contra as reduções eurocêntricas dos termos fundamentais (cultura, justiça, direitos, cidadania), procuram propor noções mais inclusivas e, simultaneamente, respeitadoras da diferença de concepções alternativas da dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2003).

Para Reis (1996), o exercício da cidadania traduz assunção de responsabilidades frente ao interesse público, dentro os quais, podem estar em desacordo com seus interesses particulares, desta forma, o interesse público se sobrepõe ao interesse particular, ou seja, o interesse da coletividade será analisado de forma ampla quando em detrimento a interesse particular.

Nesse sentido, dentro da nossa temática de estudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma condição indispensável para cidadania, e a garantida da dignidade da pessoa humana, resultando na concretização dos direitos sociais, que dependem de uma conscientização coletiva e cultural da sociedade, para criação de políticas públicas em busca da preservação dos direitos das crianças e dos adolescentes, como um direito de todos indistintamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto neste trabalho, percebe-se a busca pela minimização dos danos causados às crianças e aos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência física, psicológica, sexual e a violência institucional, iniciando-se com a prática do depoimento sem dano, aplicado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e posteriormente se concretizando com a entrada em vigor da Lei 13.431/2017.

O método, utilizado para oitiva das vítimas e testemunhas, mediante depoimento em sala apartada, composta por aparatos de áudio visual, realizado por meio de profissional interdisciplinar, visa

garantir a proteção integral às crianças e adolescentes, bem como o respeito a dignidade da pessoa humana, sem desrespeitar as garantias constitucionais do processo.

No Brasil, sua introdução se deu pela dificuldade na colheita do depoimento dos menores, muitas vezes não se alcançando a verdade real dos fatos pelo método utilizado anteriormente, gerando constrangimento e revitimização destes menores, sendo a nova legislação primordial para a mudança deste cenário.

A nova legislação traz a mudança na produção de provas nos processos de alienação parental e nos crimes perpetrados com violência em que há crianças e adolescentes envolvidos, alterando o ambiente em que é colhido o depoimento, não mais frio e formal, em sala de audiências, mas em sala devidamente preparada para atender ao menor.

A mudança também ocorre no profissional que irá intermediar a colheita do depoimento, que não mais será um operador do direito, mas um profissional capacitado para direcionar as perguntas aos menores, de acordo com sua faixa etária e compreensão, evitando a revitimização.

Existem posicionamentos contrários e favoráveis ao método do depoimento especial, sendo que seus apoiadores preconizam a necessidade de priorizar as crianças e adolescentes, pela sua condição de pessoa em desenvolvimento, sendo severas as consequências da revitimização sofrida durante a colheita de depoimentos, reafirmando os princípios do ECA, como a proteção integral e o melhor interesse do menor.

Quanto às posições contrárias, como tomado pelo Conselho Federal de Psicologia e pelo Conselho Federal de Assistência Social, bem como por uma parcela da doutrina, questiona-se a legalidade e a observância de princípios constitucionais, entendendo haver violação ao

devido processo legal e o cerceamento de defesa, bem como a eficácia prática do depoimento.

Apesar do posicionamento contrário, o depoimento especial já é aplicado em diversas comarcas de diversos estados, com adequação das salas para colheita do depoimento, tendo os magistrados a faculdade de optar por essa forma de depoimento, iniciando o processo de minimização da revitimização.

O depoimento especial tem-se mostrado eficaz na redução do dano causado durante o tramite do processo, sendo menos traumático e humilhante para as vítimas e testemunhas, não possuindo a mesma eficácia quanto ao dano causado pela violência direta experimentada pelos menores.

Por fim, a aplicação do método do depoimento especial busca garantir o cumprimento dos princípios constitucionais do processo, como o devido processo legal e a ampla defesa e o contraditório, prezando pela produção de provas por ambas as partes, bem como pelo direito de reação e defesa durante a tomada do depoimento, extirpando eventuais nulidades suscitadas pela defesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 21 out. 2019.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 out. 2019.

_____. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 22 out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009.

BRAUDEL, Fernand. **Históire de La Civilization mediterranee**.v.2. Paris: P.U.F. 1965.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 12 ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001.

JAGGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego.** São Paulo: Martins Fontes, 1986.

MARCATO, Antônio Carlos. **Preclusões: Limitação ao contraditório?.** São Paulo: Revista de Processo. 1980.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991. p. 230.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado.** 3 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 17 out. 2019.

REIS, Fábio W. The state, the Market and democratize citizenship, In: JELIN, Elisabeth e HERSHBERG, Eric. **Constructing Democracy,** Boulder, Westview Press, 1996.

SAES, Décio Azevedo Marques de. A questão da evolução da cidadania política no Brasil. **Estud. Av.,** São Paulo, v. 15, n. 42, p. 379-410, 2001.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 71, ano 24. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

SANTOS, B. S. e Nunes, J. A. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, B. S. (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva. 2006.

TEJERINA, Benjamin. Movimientos sociales, espacio público y ciudadanía. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 72, out. 2005.

ZAPATA Barrero, R. **Ciudadanía, democracia y pluralismo cultural: hacia un nuevo contrato social**. Barcelona: Anthropos. 2001.