

**OS DIREITOS DAS CRIANÇAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL:
Uma perspectiva Soft Law e Hard Law.**

Ana Clara Diniz¹

RESUMO

O presente artigo científico aborda os dois maiores textos no que tange o direito da criança a nível mundial, analisando a importância individual do *soft law* e do *hard law*, a influência do contexto político na aprovação do texto de ambas, bem como a relevância da “Declaração Universal dos Direitos das Crianças” e da “Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças” no ordenamento jurídico português e brasileiro, delimitando quais normas entraram em vigor nestes países anteriormente e posteriormente àqueles textos. Para tal é contrastado o conceito normativo do direito da criança, do *soft law* e do *hard law*, a evolução histórica e o contexto político, evidenciando a necessidade do *soft law* e posteriormente do *hard law*, para a defesa da criança tendo em vista sua evidente fragilidade. O método utilizado se reduz a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO DA CRIANÇA. SOFT LAW. HARD LAW. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS.

¹ Mestranda e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal). Advogada inscrita na OAB/MG nº 175.32. Pós-Graduada em Direito Processual Civil com ênfase no Novo Código de Processo Civil e Graduada em Direito pela Faculdade Atenas. email: draanaclaradiniz@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O *Soft Law* e o *Hard Law* são institutos que embora independentes, possuem entre si notável relevância, posto que diversas vezes no contexto histórico mundial se observou que o primeiro instituto acabava por influenciar e provocar o surgimento do segundo instituto, tal qual ocorreu no que tange os direitos da Criança.

O presente trabalho não esgota as diversas nuances do tema tratado, qual seja o direito da criança, contudo pretende vislumbrar, sua origem e evolução, bem como a importância da temática expondo o *soft law* e o *hard law*, representados respectivamente pela “Declaração Universal dos Direitos das Crianças” e pela “Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças”, como institutos essenciais para a defesa dos direitos da criança no âmbito internacional.

Para se chegar à conclusão da importância do *soft law* e *hard law* na defesa dos direitos da criança, fez-se necessário para o entendimento inicial, conceituar o que é *Soft Law* e *Hard Law*, bem como o “menor”, a “criança” e a norma jurídica.

Posto isto, se abordou a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente, analisando o contexto político que o âmbito internacional vivenciava, e partindo das normas direcionadas ao tema anteriores e posteriores a “Declaração Universal dos Direitos das Crianças”, principalmente no Brasil e em Portugal, enfatizando neste interim a perspectiva *soft law* e seus efeitos.

Em seguida, se discorreu sobre a evolução histórica do tema enfatizando a perspectiva *hard law*, apontando novamente o contexto político a âmbito internacional na época da “Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças”, versando assim sobre as normas direcionadas ao tema anteriores e posteriores a *hard law*, e focando-se no ordenamento jurídico brasileiro e português.

Por fim, com o presente trabalho se examinou as diferenças principais entre os textos da “Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças” e da “Declaração Universal dos Direitos das Crianças”, correlacionando o contexto político com as negociações feitas entre as Nações para a aprovação da *hard law*.

Desta forma, o presente artigo científico abordou os dois maiores textos no que tange os direitos da Criança a nível mundial, analisando a importância individual do *soft law* e do *hard law*, a influência do contexto político na aprovação dos textos, bem como a relevância de ambas no ordenamento jurídico português e brasileiro, delimitando quais normas entraram em vigor nestes países anteriormente e posteriormente àquelas normas jurídicas.

Para tal é contrastado o conceito normativo do direito da criança, do *soft law* e do *hard law*, a evolução histórica e o contexto político, evidenciando a necessidade do *soft law* e posteriormente do *hard law*, para a defesa da criança tendo em vista sua evidente fragilidade.

O método utilizado reduziu-se a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental sobre o tema, pretendendo em seu desfecho contribuir para o engrandecimento da discussão aos diversos níveis que possam por bem servir, principalmente a nível acadêmico tendo em vista a relevância do assunto.

1 NORMA JURÍDICA, *SOFT LAW* E *HARD LAW*: o conceito

A origem do ordenamento jurídico, suas normas jurídicas e sua importância na convivência social, tem relação direta com o *soft law*, determinando assim, a tamanha necessidade que se tem as nações de que seja estudado e principalmente utilizado como base do *hard law*, o *soft law*.

É importante definir aonde se diferem o *soft law*, do *hard law*, bem como o que é a norma jurídica. Desta forma, o que é um direito e conseqüentemente um dever obrigatório, e o que não é, devem ser delimitados para o perfeito funcionamento dos ordenamentos jurídicos, e principalmente no que tange o direito internacional.

O indivíduo nasce com a visão de que é dotado de liberdade em sua existência, contudo o fato de se nascer em sociedade já predispõe o ser humano a conviver em um ambiente cercado de regimentos, preceitos e normas que o seguem do início até ao fim de sua existência. É possível perceber que em sua grande

maioria, tais condutas dispostas por estes preceitos, já são hábitos, fazendo-os esquecer de que são regras impostas aos indivíduos em convivência. (BOBBIO, 1999)

A norma jurídica é uma afirmação que deve estar inserida em um ordenamento jurídico para assim dotar aquela afirmação de validade perante a sociedade. Neste sentido, posiciona-se Daniel Carvalho(2006, p.14), em seu estudo:

A norma significa uma proposição, seja informativa, modificadora ou ainda instigadora de sentimentos, assim constituindo elemento essencial do direito.

Neste sentido, o fundamento de sua validade está, essencialmente, nas diferenças entre as tradicionais doutrinas do direito. Sua validade deve, portanto, ser vista face à existência ou não de uma regra jurídica.

O conjunto de normas, visto como o ordenamento jurídico, representa o aspecto mais importante até então. Assim sendo, a norma somente é válida, só é jurídica, na medida em que está inserida num ordenamento jurídico.

Conceituada a norma jurídica, para se adentrar no conceito de *soft law*, deve-se entender que o instituto é evento recente, e sua conceituação é dotada de diversos entendimentos, muitos deles devidos até a sua nomenclatura. (CARVALHO, 2006)

Em algumas das classificações conceituais feitas por Nasser (2005) , pode-se vislumbrar o instituto estudado, como sendo uma decisão ou resolução, tomada por uma organização, obviamente por estar o instituto inserido no direito internacional, seria assim uma organização internacional, que não tem caráter obrigatório. Também diz tratar de instrumento produzido por ente não estatal, que tem como escopo, reger princípios com orientações comportamentais dos Estados, e precede a formação de nova norma jurídica.

Neste sentido chega-se a mesma conclusão tomada por Daniel Carvalho (2006) em seu estudo, por bem dizer, o *soft law* embora de grande valia, não segue o princípio do *pacta sunt servanda*, onde acordos devem ser cumpridos.

Entretanto podemos, inicialmente, estabelecer que a *soft law* seja um instrumento (non-binding norm) que não segue, em termos tradicionais, o princípio do *pacta sunt servanda*. (CARVALHO, 2006, p.45)

O *soft law*, não gera obrigatoriedade de cumprimento do que dispõe, apenas dita uma sugestão de conduta a ser seguida, posto que não gera nenhum tipo de penalidade para aqueles que não cumprirem o que dela parte expresso. Não considera tal instituto como uma norma jurídica, por não apresentar um caráter coercitivo tal qual a norma jurídica.

Neste sentido, o autor brasileiro Rafael Freire Ferreira (2016) define o *soft law* no âmbito do Direito Internacional Público, bem como justifica a falta de tradução do termo no direito brasileiro, como sendo uma decisão consciente tendo em vista poder tal tradução menosprezar tal instituto e sua importância:

O *soft law* inseriu-se no direito brasileiro sem tradução de forma bastante apropriada, pois uma tentativa de se achar uma terminologia em português acarretaria em tornar a expressão estranha, ou até mesmo diminuir a importância de tal fonte do direito. Afinal, sua definição é variada, mas sempre no sentido: quase direito, direito leve, flexível, brando, macio, etc.

Largamente utilizada no Direito Internacional Público não é considerada norma jurídica por ser desprovida de coercibilidade, assumindo um caráter menos imperativo que a *hard law*, por não ser uma norma jurídica ou mesmo por não criar obrigações em determinadas situações. (FERREIRA, 2016, p. 183)

Neste interim, Valadão (2006) dispõe que o *soft law* não necessariamente tem de ser uma norma emanada de uma entidade internacional na esfera de organização multilateral de direito Internacional Público, podendo partir também de organização regulatória, não obrigatoriamente vinculada à uma organização internacional de direito público, assim como a Câmara Internacional do Comércio está para esta, a Organização das Nações Unidas está para aquela.

Ainda é importante ressaltar que muito embora por diversas vezes o texto de um *soft law* seja parecido com o de um tratado, este em nada se confunde com

aquele, posto que são institutos distintos presentes nas fontes do Direito Internacional, assim o tratado bem como o *soft law*, demonstram o costume internacional, contudo o *soft law* pode vir a se tornar um tratado. Desta forma, é possível visualizar que os conceitos de *soft law* são diversos, contudo sua importância no direito internacional é eminente, posto que as Nações têm se valido deste instituto, que embora não seja dotado de obrigatoriedade, tem influenciado diretamente as decisões e os costumes em vários pontos do mundo. (CARVALHO, 2006)

Posteriormente a todas as considerações feitas em termos de conceitos ao *soft law*, entende-se para o presente, que *soft law*, é o texto, emanado por organização internacional de direito público, ou regulatória, que tenha como objetivo determinar costumes a serem seguidos pelas Nações, contudo que não possui obrigatoriedade ou penalidade para o seu não cumprimento, e de maneira flexível.

Por fim, cabe fazer uma breve conceituação do instituto do *hard law*, este por sua vez, pela própria nomenclatura faz parecer, que é um direito duro, inflexível, rígido. Diferentemente da *soft law*, o *hard law* possui força vinculativa, onde há o surgimento de sanções aqueles que não respeitarem o disposto em seu texto. (MAIA, 2016)

Neste sentido, o autor brasileiro Anderson Menezes Maia (2016, p. 31) conceitua o instituto *hard law*, dispondo:

A *hard law* é um termo que contempla o direito rígido “duro”, dentro do qual se reputam inseridas sanções contra as infringências perpetradas, e possuem força vinculativa. São normas oriundas das fontes clássicas do Direito Internacional e os princípios gerais do direito. Entre elas, encontramos as Convenções Internacionais, os princípios gerais do direito, as decisões judiciais e as doutrinas, os atos unilaterais e as decisões normativas das Organizações Internacionais.

Percebe-se que a *soft law* tem mais o caráter de uma recomendação, o que não diminui a importância do seu texto, mas que no produto final tem como aliado apenas a consciência da Nação que a adere, e não propriamente dito a força da

coercibilidade em melhor estimular o indivíduo a seguir tal determinação. (MAIA, 2016)

A *hard law* por sua vez, seria a evolução, o término e a conclusão da norma jurídica, enquanto a *soft law* é o princípio, é a ideia inicial da norma final, tal qual preceitua Anderson Maia (2016, p. 31):

A *hard law* constituiria um produto acabado após uma evolução geracional ao longo do tempo, portanto, a norma terminada na sua integridade; e a *soft law* seria um movimento, um ato em potência, um ato de vontade dos Estados, que aspira torna-se uma norma.

As duas espécies de normas presentes no direito internacional são bem definidas principalmente devido a sua obrigatoriedade, assim, as sanções inerentes ao descumprimento de uma *hard law*, usualmente estão dispostas em tratados, contudo podem ser convencionadas pelo costume, sendo aplicada pelas vias administrativas de “uma comunidade internacional, ou judicialmente, através de tribunal internacional.” Cabe ressaltar que da mesma forma que não existe um órgão legislativo global, também não há um judiciário global. Inicialmente, não foi concebido nenhum órgão ou qualquer sistema judiciário que seja competente para dirimir as demandas internacionais. Contudo, existem os tribunais internacionais, que são definidos por tratados, e que tem os Estados apoiado e se vinculado por espontânea vontade (BORGES, 2015).

Neste sentido, o referido autor em seu estudo, dispõe sobre a aplicabilidade das sanções da *hard law* e dos tribunais internacionais:

O mesmo que foi dito relativamente à ausência de um órgão legislativo global vale para o judiciário. Não há uma corte ou um sistema judiciário que possa, a priori, avocar o poder de julgar todos os litígios internacionais. Existem tribunais internacionais, mas esses têm sua estrutura administrativa e competência definidas por tratados, além de vincularem suas decisões apenas aos estados que, por vontade própria, decidiram aderir ao tratado criador do órgão jurisdicional. (BORGES, 2015, p.34)

Desta forma, resta delimitado a importância e o conceito de *soft law* de *hard law*, onde a denominação da primeira se deu em detrimento da última, posto que a *hard law* se caracteriza por sua rigidez em relação a aplicabilidade, carente de flexibilidade, contudo com força coercitiva por possuir penalidades aos que não a respeitarem, possui força vinculante, diferentemente da *soft law*.

A *soft law*, por sua vez, muito embora tenha carência de coercibilidade, não possuindo caráter vinculante, e se apresentando como uma norma que surge como uma sugestão de conduta aos Estados, esta pode facilmente atender as exigências da comunidade internacional, tendo em vista poder ser elaborada de forma rápida, diferentemente da *hard law*, que possui um processo mais moroso. (BORGES, 2015)

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS, A PERSPECTIVA *SOFT LAW*

A evolução histórica do direito da criança se deu a menos de cem anos, demonstrando a carência de proteção e das políticas de tratamento para os menores de dezoito anos. Foi ignorado desde os primórdios a importância que se deve dar a figura da criança e do adolescente, deixando-a de lado por ser o entendimento da época, que estes eram subordinados a autoridade do seu progenitor, ou seja, a autoridade paterna (MATOS, 2016).

Os que ainda não dispunham de idade adulta, não eram considerados “sujeitos de direito” (TAVARES, 2001, p.46), desta forma, somente na década de vinte, começam os preceitos para auxiliar o menor que naquele momento já era uma problemática, surgindo como solução preceitos no que tange à saúde, moral e também ao trabalho (CUSTÓDIO, 2009).

Tornou-se necessário, para a aplicação das premissas com intuito de acobertar essa classe de seres, a própria definição do que era o menor, a criança e

o adolescente, e estabelecer por fim qual seria a obrigação básica do Estado que iria promover a eficácia deste tratamento, refletindo assim na sociedade. A conceituação do termo criança e adolescente que se aplica atualmente, em nada se parecia com a daquela citada época, prova disso está na evolução do conceito de “menor”, posto que este estava sob influência “da visão norte-americana em prol da institucionalização de crianças e adolescentes”(DIAS, 2015, p.16).

Neste interim, a visão do que era o “menor” se dava como sendo o ser não adulto que em situação de abandono moral ou social, se deparava. Eram tidos como carentes de progenitores, e se encontravam de acordo com o referido autor sem “representação parental, órfãos” (DIAS, 2015, p.16), e por fim, caracterizado como aquela pessoa que necessitava de uma normalização (MELO, 2011).

Neste interim, conforme estudos de Felipe da Veiga Dias (2015, p.17), sobre a estigmatização social, o mesmo discorre:

Entretanto, o discurso utilizado como base para a intervenção estatal menorista dava-se em sede de uma articulação assistencialista e paternalista, embora se tenha conhecimento de seus efeitos repressivos/excludentes, concretizando uma óptica de que crianças e adolescentes “eram considerados como objetos de proteção, tratados a partir de sua incapacidade.

Este pensamento menorista, citado por Dias (2015), foi inserido no final da década de vinte no Brasil, por intermédio do Decreto nº17.943-A de 12 de outubro de 1927 (BRASIL, 1927), e muito embora com uma visão sob influência do positivismo, dizia ter a intenção de resolver o problema voltado para o sentido educativo, e com ausência de punição, contudo muito embora tivesse o objetivo de proteger a vida e a saúde, mostrava caráter punitivo às entidades familiares que não aderisse a influência do Estado.

Forma-se uma perspectiva com caráter relevante de real proteção da criança e do adolescente no âmbito internacional, somente no ano de 1948. Assim sendo, nesta data aconteceu a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (MATOS, 2016)

Após a observância das atrocidades vividas na Segunda Guerra Mundial, a ONU se vestiu dos mesmos princípios elencados na Revolução Francesa, qual sejam “Liberté, Égalité et Fraternité”, inspirando a Declaração Universal dos Direitos Humanos (MARQUES, 2009).

Este documento que figurou como uma das mais importantes determinações de conduta no que tange aos direitos do homem para os Estados, é um dos exemplos claros de *soft law*. Assim, não passa de mera sugestão de comportamento estatal, sem força vinculante ou jurídica (MATOS, 2016).

A declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XXV, 2., trouxe à tona a fragilidade da criança e do adolescente, por meio do termo “infância”, determinando assim que aqueles deveriam ter observados seus direitos quanto a cuidados e assistência especial, independente de terem estas nascido ou não em casamento. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Assim vejamos o texto desta *Soft Law*:

Artigo XXV (...) 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p.13)

Diante da eminente necessidade de se proteger os direitos da criança, de forma autônoma, independente e singular a outro documento, inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por meio da Organização das Nações Unidas, e através do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), ficou proclamada a “*Declaration Of The Rights Of The Child*” (em português, Declaração Universal dos Direitos das Crianças), na Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), em 20 de novembro de 1959. (UNICEF, 1959)

Neste documento é possível observar a evolução da conceituação de criança (neste âmbito também inserimos o de adolescente e de menor), como sendo um ser totalmente carente em relação ao adulto, excluindo assim a visão do órfão, do delinquente, e generalizando como aquele ser com “falta de maturidade física e

intelectual”, com a necessidade clara de “uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento ” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959).

O claro caráter de *Soft Law* presente no documento citado é eminente por não possuir nenhum poder vinculante, muito embora tenha em seu texto a seguinte frase, “Considerando que a Humanidade deve à criança o melhor que tem para dar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1959), esta evidencia que tem caráter somente de recomendação aos Estados uma conduta que deve ser observada.

Contudo, como uma legítima *Soft Law*, em nenhum momento existe qualquer força jurídica, qualquer força de coercibilidade ou sanção a ser aplicada àquele que por ventura não seguir os princípios ali expostos (MATOS, 2016).

Após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos da Criança, os Estados começaram a visualizar a fragilidade eminente daquela figura, e no que tange especificamente a legislação brasileira e a legislação portuguesa, houve mudanças quanto a proteção à criança e seus direitos, demonstrando que embora não tenha força vinculante, a *Soft Law* funciona como “normas em estágio embrionário” (CRETELLA NETO, 2012).

Desta forma, no Brasil, inspirado na Declaração, se instituiu a Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, tida como o Código de Menores, que já se observava um tratamento à figura da criança e do adolescente observando os princípios da *Soft Law*. O código delimitava em seu artigo 2º, o que era a situação irregular do menor, evidenciando que era necessária a proteção em caráter prioritário àqueles que eram privados de um desenvolvimento essencial (MATOS, 2016).

Nos termos daquela Lei, tem-se o artigo 2º:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

- a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal. (BRASIL, 1979)

Em seus estudos, Samilly Matos (2016) afirma que no Brasil a influência da Declaração, dividiu a responsabilidade familiar com o menor, transferindo uma parcela ao Estado, que naquele momento já se via obrigado à proteção da criança e do adolescente, caracterizando-os como objeto tutelado do Estado. Em seu texto, tem-se:

Com a influência da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, elaborou-se, no Brasil, o Código de Menores, 1979, que traz a teoria da situação irregular, levando à ideia de que o menor de idade é objeto tutelado do Estado, diminuindo, assim, a responsabilidade da família. (MATOS, 2016, p. 217)

Em Portugal, tendo em vista a influência da Declaração Universal dos Direitos da Criança, foi instituído a Organização Tutelar de Menores, DL n.º 314/78, de 27/10, o diploma se atentava a amparar a criança e o adolescente, com fins de proteção, assistência e educação, o próprio texto da Lei evidencia que os tribunais deveriam tomar medidas quando houvesse dano a estes fins.

Nestes termos, o texto da Lei em seu artigo 2.º:

Artigo 2.º
(Fins)

Os tribunais de menores têm por fim a protecção judiciária dos menores e a defesa dos seus direitos e interesses mediante a aplicação de medidas tutelares de protecção, assistência e educação. (LISBOA, 1978)

Quanto à competência dos tribunais de menores, a legislação mostrava o quanto a *Soft Law* havia atingido seu objeto de sugerir uma conduta e ter os Estados que a aderiram, preocupando-se em aplicar tal determinação de conduta, mesmo não estando sujeito a sanções por estas não serem inerentes a *Soft Law*. Assim, discorre Samilly Matos em seu estudo, quanto a esta *Soft Law*:

Após ser adotada por unanimidade, a Declaração dos Direitos da Criança constituiu por anos a delimitação moral para os direitos da criança, embora não comportasse quaisquer obrigações jurídicas. (MATOS, 2016, p. 220).

Assim, o artigo 15.º demonstra o anteriormente afirmado:

Artigo 15.º

(Competência dos tribunais de menores relativamente a menores até aos 18 anos)

Os tribunais de menores são igualmente competentes para:

a) Decretar medidas relativamente a menores que sejam vítimas de maus tratos ou se encontrem em situação de abandono ou desamparo capazes de pôr em perigo a sua saúde, segurança, educação ou moralidade;

b) Decretar medidas relativamente a menores que, tendo atingido os 14 anos, se mostrem gravemente inadaptados à disciplina da família, do trabalho ou do estabelecimento em que se encontrem internados;

c) Apreciar e decidir pedidos de protecção de menores contra o exercício abusivo de autoridade na família ou nas instituições a que estejam entregues (LISBOA, 1978).

Resta claro que a Declaração Universal dos Direitos da Criança, sendo uma *Soft Law* conseguiu em relação ao Brasil e a Portugal, despertar a ânsia nas Nações em tutelar os direitos da criança, protegendo-a e reconhecendo como uma figura carente de cuidados não somente da figura familiar, mas também tornando uma responsabilidade do próprio Estado.

3 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES E A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS, A PERSPECTIVA *HARD LAW*.

Como símbolo da importância e necessidade da solidificação dos direitos da criança, surge a primeira das mais notáveis *Hard Law*, qual seja a Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças, com intuito de neste interim instituir a força vinculante não presente nos princípios da Declaração, por ser esta uma *Soft Law* (MATOS, 2016)

O documento tem tamanha importância que figura como o instrumento mais aceito na história universal, tal qual afirma o site oficial da UNICEF (2017):

A Convenção sobre os Direitos da Criança é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países. Somente os Estados Unidos não ratificaram a Convenção, mas sinalizaram sua intenção de ratificar a Convenção ao assinar formalmente o documento.

Desta forma, com poder vinculante a Convenção teve o reconhecimento por parte dos países que a ratificaram, comprometendo e reconhecendo que a cooperação internacional é de suma importância em se tratando do direito da criança. Assim em seu preâmbulo, tem-se a seguinte redação neste sentido:

Reconhecendo que em todos os países do mundo existem crianças vivendo sob condições excepcionalmente difíceis e que essas crianças necessitam consideração especial;
Tomando em devida conta a importância das tradições e os valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento harmonioso da criança;
Reconhecendo a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países em desenvolvimento; (UNICEF, 2017)

A Convenção originou o paradigma a ser seguido pelos Estados no que tange ao direito da criança, e o instituiu como sendo uma tutela de proteção integral e especial, com caráter obrigatório (MATOS, 2016).

Observa-se que foi deixado totalmente para trás a função familiar de proteção da criança, assumindo o Estado sua responsabilidade na proteção destes direitos, e principalmente não somente no âmbito nacional, mas também internacional, informando a sociedade e conscientizando, incentivando e colaborando, dando à criança a prioridade pela própria carência de proteção que esta exterioriza. (CNPJCJR, 2017)

O Brasil aderiu a Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgando em 21 de novembro de 1990 o Decreto nº 99.710, demonstrando a força da *Hard Law* e usando como fundamento o artigo 84, IV, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (BRASIL, 1990)

E assim, formalizando na legislação brasileira o disposto na Convenção sobre os Direitos da Criança, e o ratificado pelo Brasil, o poder executivo por meio de seu líder, decretou o que dispôs a *Hard Law*:

DECRETA:
Art. 1º A Convenção sobre os Direitos da Criança, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.
Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário. (BRASIL, 1990)

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, já demonstrava em seu artigo 227, sua responsabilidade juntamente com a família e a sociedade, assegurando a proteção integral e ampla, à criança, ao adolescente e também ao jovem, não

admitindo qualquer tipo de discriminação ou crueldade, bem como punindo os que praticarem abusos sexuais contra estas figuras.

Posteriormente, no mesmo ano da ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, foi sancionada no Brasil a Lei Nº 8.069, De 13 De Julho De 1990, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo como objeto a proteção integral de ambas às figuras, e proibindo qualquer tipo de discriminação e abusos em relação a elas.

Cabe observar que a dita Lei que ainda se encontra em vigor, e responsabiliza a família, a sociedade e o Estado na proteção da criança e do adolescente, assim, torna-se um dever de todos zelarem pelos direitos das duas figuras, tal qual preconiza o artigo 18 da dita Lei, com o seguinte texto:

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (BRASIL, 1990).

Ainda é possível verificar a importância dos direitos das crianças e adolescentes, na análise feita por Samilly Matos (2106, p. 220) em seu estudo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seguintes dizeres:

O ECA traz grandes mudanças em relação ao atendimento às crianças e adolescentes, criando instrumentos jurídicos que viabilizam atendimento e garantia dos direitos que lhes são assegurados.

Em Portugal, com a ratificação da Convenção sobre os Direitos da Criança, esta se tornou uma base jurídica no que tange a proteção dos direitos das crianças, juntamente com a Constituição, deram origem a dois relevantes diplomas legais, sendo um a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e a outra a Lei Tutelar Educativa. (CNPCJR, 2017)

A Lei n. º 166/1999, de 14 de setembro, ou seja, a Lei Tutelar Educativa tem como pretensão as sanções das práticas criminosas cometidas por menores de

idade entre doze a dezesseis anos, visando o interesse educativo do menor. (LISBOA, 1999).

Neste interim, a Lei n.º 147/99 de 1 de setembro (Lei de proteção de crianças e jovens em perigo), com o texto alterado recentemente pela Lei n.º 23/2017, de 23/05, tem como objetivo o bem-estar e o perfeito desenvolvimento da criança quando estes estiverem sendo ameaçados pelos pais, representante legal ou que exerça a guarda de fato, conforme dispõem os artigos 1.º e 3.º.

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei tem por objeto a promoção dos direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo, por forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral.

[...]

Artigo 3.º

Legitimidade da intervenção

1 - A intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo (LISBOA, 1999).

Desta forma, resta evidente a grande influência exercida tanto por uma *Soft law*, quanto por uma *Hard Law*, no direito em âmbito internacional, tal qual ocorreu com o Brasil e Portugal em relação aos direitos do menor de idade.

4 O CONTEXTO POLÍTICO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DAS CRIANÇAS E AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS EM RELAÇÃO À DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS.

A Convenção internacional sobre os Direitos das Crianças foi centro de grande negociação política até sua final aprovação pelas Nações participantes.

Inicialmente teve como objetivo a aprovação do texto no dito Ano Internacional da Criança, e por ter sido apresentado em 1978, haveria um lapso temporal de quase dois anos para sua aceitação final. O texto, no entanto, com o intuito de ser aceito pelos Estados em um espaço de tempo tão curto, trazia em seu corpo a redação semelhante a *Soft Law*, sendo questionado principalmente nos quesitos “referentes à sua linguagem imprecisa, a omissões em relação a uma série de direitos e a sua implementação, item fundamental em tratado internacional” (MARIANO; ROSEMBERG, 2010, p.706).

Desta forma, pela falta de apoio ao inicial projeto, um Grupo de Trabalho foi criado com intuito de vislumbrar a segunda proposta de texto, o que se arrastou entre meados dos anos de 1980 a 1988, e com a intenção de 1989 a Convenção fosse aprovada, neste sentido, temos:

Ante a ausência de respaldo à proposta inicial, a Comissão dos Direitos Humanos decidiu criar um Grupo de Trabalho – GT –, de composição ilimitada, para apreciar um segundo projeto de Convenção, também apresentado pelo governo polonês. O GT reuniu-se uma vez por ano entre 1980 e 1987 (em duas ocasiões em 1988), visando a que a Convenção pudesse ser adotada em 1989. A Convenção foi aprovada na Comissão de Direitos Humanos, no Conselho Econômico e Social – Ecosoc – e na Assembleia Geral da ONU (MARIANO; ROSEMBERG, 2010, p.706).

A Convenção se tornou alvo de um embate político em suas negociações, pela própria magnitude da abrangência de seu texto. As Nações negociavam entre si cada qual dando prioridade aos seus interesses, principalmente tendo em vista seus recursos, e princípios culturais sobre “concepções de infância e de direitos da criança” (MARIANO; ROSEMBERG, 2010, p.708)

Neste contexto, não bastando as adversidades de se determinar quais direitos deveriam ser adotados internacionalmente para as crianças, levando em consideração toda a problemática cultural, social, religiosa e econômica, e dessa forma estabelecer os limites dos direitos internacionais, surge neste interim a grande influência da Guerra Fria (PEREIRA, 2008).

Este conflito político que dividia os interesses teve grande participação nas negociações da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, as delongando, o que justificaria o texto irrelevante de alguns dispositivos da Convenção. Neste sentido:

Conforme Marília Sardenberg Zelner Gonçalves (1989), diplomata da delegação do Brasil para os Direitos Humanos que participou dos trabalhos da Convenção, tal complexidade explicaria a incorporação de dispositivos relativamente fracos, em decorrência de tentativas de conciliação de posições “quase” divergentes.(MARIANO; ROSEMBERG, 2010, p.708).

O projeto da Convenção sobre os Direitos da Criança ainda teve que enfrentar a proposta de Convenção contra a Tortura, que se partia do ocidente, e onde a Comissão dos Direitos Humanos da ONU havia criado outro Grupo de trabalho, desta forma, um Grupo de Trabalho influenciava o outro por decorrência dos embates da Guerra Fria.

O embate Leste-Oeste ultrapassaria os limites do GT relativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, pois, ao mesmo tempo, a Comissão dos Direitos Humanos da ONU havia organizado outro GT, de iniciativa ocidental, cujo foco era a elaboração de uma Convenção contra a tortura. Conforme relato de Cantwell (1992, p.23), uma proposta “perdida” em um dos GTs por um bloco ricocheteava no outro GT, acirrando as rivalidades (MARIANO; ROSEMBERG, 2010, p.708).

O direito das crianças tornou-se um objeto de alteração, principalmente pelo escopo geopolítico, “quando os direitos humanos faziam parte da confrontação política entre os países do Leste e Oeste” (MARIANO; ROSEMBERG, 2010, p.708).

Neste sentido, o Oeste e Leste mundial se confrontavam, onde o primeiro defendia como direitos humanos “os de caráter civil e político” (PILOTTI, 2000, p.43), enquanto o segundo se manifestava pela “primazia dos direitos econômicos e sociais” (PILOTTI, 2000, p.43), devendo assim, aos países ocidentais, em especial a Nação norte-americana, os artigos que envolvem a “liberdade de expressão;

liberdade de pensamento, consciência e religião; liberdade de associação e reunião e direito à privacidade” (MARIANO; ROSEMBERG, 2010, p.708).

Nas sessões do Grupo de Trabalho além dos Estados participavam as Organizações internacionais não governamentais, ou seja, as OINGs, estas atuaram de forma constante na elaboração da Convenção, especialmente focando em três progressos, quais sejam, a participação e monitoramento da sociedade civil na implementação da Convenção e na inserção de direitos de proteção especial. Desta forma, as introduções de treze artigos à Convenção se devem a participação ativa das OINGs, conforme exposto por Mariano e Rosemberg (2010, p. 707) em estudo:

São eles: direitos referentes à separação da criança dos pais (art. 9o), saúde (art. 24), educação (arts. 28, 29), cultura e religião (art. 30), exploração sexual (art. 34), sequestro, tráfico e venda de crianças (art. 35), tortura e pena capital (art. 37), conflito armado (art. 38), recuperação física, psicológica e reintegração social (art. 39), disposições mais favoráveis (art. 41), difusão dos princípios e disposições da Convenção (art. 42), informes dos Estados-Partes (art. 44).

Posto isto, no início da década de noventa, ocorreu a Cúpula Mundial sobre a Criança, o encontro que durou três dias entre negociações e a final aceitação, embora relativamente rápido, foi reflexo de um processo de embate moroso que correu por uma década, principalmente em decorrência das ideologias inerentes aos polos da Guerra Fria, e os “motivos de ordem econômica e cultural, no sentido Norte-Sul” (ALVES, 2001, p.48).

CONCLUSÃO

A *Soft Law* e a *Hard Law* são tipos de normas muito comuns no direito internacional. A primeira embora não tenha obrigatoriedade e careça de força vinculante, é flexível, possibilitando que seja feito com celeridade sugestões de conduta as Nações, podendo assim solucionar problemas mais facilmente do que a uma *Hard Law*.

O menor de idade é uma figura que por sua própria natureza frágil, necessita de cuidados e atenção em caráter prioritário, tendo de ser objeto de proteção de todos, sejam pelo poder familiar, pelo Estado, pela sociedade e principalmente zelando por uma colaboração internacional.

Desta forma, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (*soft law*), mesmo que sem obrigatoriedade, inspirou Brasil e Portugal a protegerem os direitos desses indivíduos afastando a visão menorista presente na década de vinte no Brasil. Assim incluiu como responsabilidade também do Estado tal zelo pelo menor de idade e sua proteção.

Sob influência da *soft law* citada, fez-se necessário a solidificação dos direitos das crianças por meio de uma *Hard Law*, que muito embora tenha sido alvo de grande embate político em meio a Guerra Fria, foi consagrado o instrumento de direitos humanos mais aceito da história universal, qual seja a Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças, tendo sido ratificada por cento e noventa e seis Nações e demonstrando a importância de tal preocupação mundial.

Com advento da citada *Hard Law* visualizou-se com mais intensidade em Portugal e no Brasil, a responsabilidade do Estado em proteger integralmente a figura da criança e também do adolescente, criando o Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, e a Lei n.º 166/1999, de 14 de setembro, ou seja, a Lei Tutelar Educativa, além da Lei n.º 147/99 de 1 de setembro (Lei de proteção de crianças e jovens em perigo), em Portugal.

Dessa forma, resta claro a importância de se discutir os direitos das crianças no âmbito internacional, evidenciando a necessidade de se existir a *Soft Law*, que embora seja carente de força vinculativa, de obrigatoriedade e principalmente de sanções a quem não as cumprir, tem sido um dos instrumentos mais eficazes para acompanhar o desenvolvimento da sociedade, demonstrando ser a norma jurídica em fase embrionária.

A *Hard Law*, por sua vez, solidifica a norma, completando a *soft law* no sentido de já possuir caráter obrigatório, força vinculante e poder punir aqueles que a ela aderiram, mas não a cumpriram.

Posto isso, resta demonstrado que a figura do menor de idade carece de proteção não somente do poder familiar, mas também de toda a sociedade e do Estado, e que durante as últimas décadas pode-se observar que a *soft law* a *hard law*, na figura da Declaração Universal dos Direitos da Criança e da Convenção Internacional sobre o Direito das Crianças, foram as responsáveis pela preocupação universal com a proteção integral da criança.

INTERNATIONAL CHILDREN'S RIGHT: A Soft Law and a Hard Law perspective

ABSTRACT

This article approaches the two main texts about Children's Rights Worldwide, analyzing the individual importance of Soft Law and Hard Law, the influence of the political context in the approval of the text of both, as well as the relevance of the "Declaration Of The Rights Of The Child" and the "Convention on the Rights of the Child" in Portuguese and Brazilian legal systems, delimiting which rules came into force in these countries before and after those texts. To this end, the normative concept of children's right, soft law and hard law, historical evolution and the political context are highlighted, evidencing the need for soft law and later hard law in order to defend children due to their evident fragility. The method reduces bibliographic research and documentary research on the subject.

KEYWORDS: RIGHT OF THE CHILD. SOFT LAW.HARD LAW. DECLARATION OF THE RIGHTS OF THE CHILD. THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e temas sociais: a década das conferências.** Brasília: IBRI, 2001.

ASSEMBLEIA Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, 1948. [Em Linha] [Consult. 11 Jul. 2017]. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: Editora UnB, 1999.

BORGES, Daniel Moura. **A Declaração Universal Dos Direitos Dos Animais: sua aplicação enquanto *soft law* e *hard law*.** Salvador, Universidade Federal da Bahia. 2015. [Em Linha] [Consult. 10 Jul 2017]. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/18719/1/DANIEL%20MOURA%20BORGES.pdf>.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto Nº 17.943-A De 12 De Outubro De 1927.** [Em Linha] [Consult. 11 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm

BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.** [Em Linha] [Consult. 12 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979.** [Em Linha] [Consult. 11 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm

BRASIL, Presidência da República. **Lei Nº 8.069, De 13 De Julho De 1990.** [Em Linha] [Consult. 13 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm



CARVALHO, Daniel Ferreira De Souza. **O Fenômeno *Soft Law* bate à porta do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: UniCEUB. 2006. [Em Linha] [Consult. 10 Jul 2017]. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/9609/1/20277941.pdf>.

COMISSÃO Nacional de Promoção dos Direitos e Proteção das Crianças e Jovens. **Legislação proteção de Crianças**. [Em Linha] [Consult. 12 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.cnpcjr.pt/Manual_Competicencias_Comunicacionais/int_legislacao_procriancas.html

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUSTÓDIO, André Viana; VERONESE. **Crianças esquecidas: o trabalho infantil doméstico no Brasil**. Curitiba: Multideia, 2009.

DIAS, Felipe da Veiga. **O direito fundamental da criança e do adolescente à informação e as políticas públicas de comunicação preventivas e protetivas de conteúdo adulto na internet no Brasil**. Santa Cruz do Sul, julho de 2015.

FERREIRA, Rafael Freire. Reflexões sobre o instituto da prova, in **Novas dimensões do Direito: uma perspectiva *Soft Law***. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016.

LISBOA, Procuradoria-Geral distrital de. **Lei n.º 147/99 de 1 de setembro**. [Em Linha] [Consult. 13 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

LISBOA, Procuradoria-Geral distrital de. **Lei n.º 166/1999, de 14 de setembro**. [Em Linha] [Consult. 13 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=542&tabela=leis

LISBOA, Procuradoria-Geral distrital de. **Organização Tutelar de Menores, DL n.º 314/78, de 27/10**. [Em Linha] [Consult. 12 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=550&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=

MAIA, Anderson Menezes. A *Soft Law* e as normas internacionais de proteção ao meio ambiente, in **Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016.

MARIANO, Carmem Lúcia Sussel; ROSEMBERG, Fúlvia. **A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões**. Cadernos de Pesquisa, v.40, n.141, p.693-728, set./dez. 2010. [Em Linha] [Consult. 18 Set. 2017]. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/cp/v40n141/v40n141a03.pdf>

MARQUES, Archimedes. A polícia e a declaração universal dos direitos do homem. Conjur.com. **Consultor Jurídico**, 2009. [Em Linha] [Consult. 11 Jul. 2017]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-jul-01/policia-brasileira-declaracao-universal-direitos-homem?pagina=3>.

MATOS, Samilly Araújo Ribeiro. Direito das Crianças: A evolução a partir de uma visão *soft law*, in **Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016.

MELO, Eduardo Rezende. **Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça: uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça no Brasil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a *soft law***. São Paulo: Atlas, 2005.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959.[Em Linha] [Consult. 11 Jul. 2017]. Disponível em: http://www.eslr.edu.azores.gov.pt/old/concurso_ilus/3%20.%20DECLARA%C3%87%C3%83O%20UNIVERSAL%20DOS%20DIREITOS%20DA%20CRIAN%C3%87A.pdf

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



UNICEF, General Assembly Resolution 1386(XIV). **Declaration Of The Rights Of The Child.**[Em Linha] [Consult. 11 Jul. 2017]. Disponível em: <https://www.unicef.org/malaysia/1959-Declaration-of-the-Rights-of-the-Child.pdf>

UNICEF, Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** [Em Linha] [Consult. 12 Jul. 2017]. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Soft Law:** um aspecto (quase) inovador do direito internacional contemporâneo. *Prática jurídica*, São Paulo, Ano V, n. 49, 2006.