

## 1 INTRODUÇÃO

Quando as Nações Unidas adotaram a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), iniciou-se uma nova etapa na concepção destes, reconhecendo-se que as crianças e os adolescentes têm direitos iguais aos das pessoas adultas. Diante da instauração de tal quadro legal, o chamado sistema de situação irregular é abandonado para incorporar um sistema de proteção integral e a instalação de um novo paradigma no enfoque do Estado sobre as crianças e adolescentes, que passam a ser sujeitos ativos de seus direitos em todas as esferas nas quais atuam. Algumas das diferenças essenciais entre *a doutrina da situação irregular*<sup>1</sup> e *a doutrina da proteção integral*<sup>2</sup> marcam de maneira profunda o novo paradigma para o mundo da infância.

Esta confirmação do *status* jurídico das crianças e adolescentes como sujeitos de direito, condição inerente a toda pessoa humana, carrega também consequências que transcendem o âmbito meramente jurídico, pois o reconhecimento desta condição constitui ademais o ponto de partida para a reflexão e a análise sobre a situação das crianças e adolescentes e o lugar deles na sociedade. Assim, este novo paradigma que aparece junto com a CDC supõe um abandono de antigas práticas vinculadas à infância, mediante uma concepção que os inclui na categoria de pessoas, apresentando-nos desta forma as crianças e adolescentes como seres humanos livres e em igualdade de direitos, aliás, um grupo de pessoas com direitos plenos que se encontram no mesmo nível que as pessoas adultas, salvo a limitação condicionante de que as crianças e adolescentes estão numa etapa de evolução, que ao mesmo tempo leva consigo uma responsabilidade do Estado e da sociedade<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Segundo Beloff mediante o argumento da tutela se sustentava (2009, p. 21-23) “[...] En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención *protectora* del Estado [...] En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, no lo constituye el universo de la infancia y la adolescencia sino sólo una parte de ese universo: los *menores* [...]”

<sup>2</sup> Aponta Beloff (2009, p. 35) “[...] Los niños son ahora definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de *menores*, incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva [...] El reconocimiento y promoción de los derechos de los niños se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de *menores* [...]”

<sup>3</sup> Art. 5. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Os Estados Partes respeitam as responsabilidades, direitos e deveres dos pais e, sendo caso disso, dos membros da família alargada ou da comunidade nos termos dos costumes locais, dos representantes legais ou de outras pessoas que tenham a criança legalmente a seu cargo, de assegurar à criança, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação e os conselhos adequados ao exercício dos direitos que lhe são reconhecidos pela presente Convenção.

Porém, estes limites marcados à infância têm gerado uma série de questões no momento de interpretar a CDC, especialmente quando se faz referência ao exercício de direitos por parte das crianças e adolescentes que, como se estabelece no citado corpo legal, a mesma depende de sua “autonomia progressiva”. Ante esta situação, nos encontramos com um sujeito que é portador de direitos a quem se reconhece capacidade para exercê-los por si mesmo, mas ao mesmo tempo, com uma autonomia relativa devido a considerações de fato, que tem que ver com sua maturidade; e de direito, referido à construção jurídica tradicional de crianças e adolescentes como pessoas dependentes de sujeitos adultos, em particular dos pais e às vezes do Estado.

Diante disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) proporciona através de suas decisões uma série de diretrizes para medir o grau de avanço na aplicação das normas que sustentam a CDC, como também avançar em temas específicos que merecem um maior estudo e clareza para a compreensão de temas relacionados aos direitos da infância e da adolescência.

Neste sentido, a Corte IDH tem uma posição privilegiada ao gozar de certa supremacia hermenêutica para a interpretação da CDC ante os casos que afetam a crianças e adolescentes, devido que a partir de suas decisões se constroem os acordos que posteriormente vão dirigidos aos auditórios nacionais para lograr a adesão dos mesmos. Diante disso, surge a questão sobre os argumentos apresentados pela Corte IDH nas suas decisões, de maneira a determinar como se apresentam as premissas dentro das sentenças em relação ao exercício progressivo de direitos por parte das crianças e dos adolescentes?

A hipótese levantada neste trabalho é que, ainda que juridicamente a condição de pessoa das crianças e dos adolescentes tenha gerado mudanças e reformas legislativas a partir da CDC, em relação ao exercício de direitos por parte dos mesmos existem limitações impostas pelas instituições de justiça no momento de julgar; limitações que encontram amparo em condicionantes relacionadas especialmente na “falta de maturidade” e na “proteção especial”, que atuam como premissas fundamentais na elaboração dos acordos judiciais.

Assim, o objetivo desta investigação é identificar os acordos utilizados pela Corte IDH nas suas decisões sobre o exercício progressivo de direitos por parte das crianças e dos adolescentes. Para isso, primeiro se pretende revisar as jurisprudências da Corte IDH sobre casos que afetam as crianças e adolescentes para o exercício progressivo de seus direitos. E, posteriormente, estabelecer comparações entre as decisões tomadas pela Corte IDH utilizando o esquema de classificação de premissas proposta por *Chaim Perelman* e *Lucie Olbrecht-*

*Tyteca.*

Esta investigação encontra fundamento na necessidade de seguir avançando em matéria de direitos para as crianças e adolescentes na América Latina, especialmente no que se refere ao sistema de justiça, aplicação de normas e, particularmente, sobre a argumentação dos juízes, neste caso da Corte IDH, que através de suas decisões proporcionam uma ferramenta jurídica para o fortalecimento do sistema de proteção integral para a infância e a adolescência na região. Por este motivo, a voz da Corte IDH tem uma grande relevância ao reiterar por meio de suas decisões a condição jurídica das crianças e adolescentes, como também a obrigação que tem os Estados de garantir o real e efetivo exercício de seus direitos fundamentais.

## **2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA**

O presente artigo toma como base de estudo a teoria da argumentação proposta por Chaïm Perelman e Lucie Olbretchts-Tyteca na sua obra “Tratado da argumentação, a nova retórica”, cujo enfoque centra-se no conteúdo dos argumentos e sua aceitação, a qual pode ser entendida como a pretensão do orador para lograr a adesão do auditório para o qual vai dirigido. Esta forma de argumentação iniciada por Theodor Viehweg (1964) parte da reivindicação de um pensamento tópico ou retórico para interpretar e aplicar as normas jurídicas, a qual se realiza através do descobrimento e do exame das premissas; isto em contraposição ao pensamento lógico demonstrativo que utiliza as premissas para elaborar cadeias dedutivas.

La tópica es una técnica de pensamiento problemático, que fue desenvuelta por la retórica y que es desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático. (VIEHWEG, 1964, p. 22).

Deste modo, Perelman também questiona o enfoque lógico cartesiano da argumentação baseando-se na Retórica Aristotélica, motivo pelo qual propõe uma “nova retórica” onde se discute se o argumento que procura lograr a adesão do auditório é persuasivo ou convincente; enquanto as decisões judiciais, afirma que as mesmas estão mais bem encaminhadas para a persuasão que para a demonstração. Sobre sua nova retórica, um dos aportes mais importantes é, sem dúvida, a classificação de auditórios em “particular” e “universal”; o primeiro abarca um grupo limitado de pessoas que compartilhem entre si certas convenções, as quais, por sua vez, são compartilhadas pelos demais indivíduos como, por exemplo, os habitantes de um povo, um grupo de pesquisadores ou uma classe de estudantes. Por outro lado, o auditório

universal pode ser considerado como o auditório da argumentação filosófica que abarca a todas as pessoas razoáveis, onde o orador pressupõe a unanimidade e, por conseguinte, a universalidade da argumentação, pois supõe que quem conhece sobre determinados argumentos não pode fazer outra coisa que admiti-la devido à objetividade com que contam as razões aludidas; sobre a mencionada objetividade, não é aquela relacionada à lógica cartesiana, senão a aquela que se encontra no campo do verossímil.

El auditorio universal, lo constituye cada uno a partir de lo que sabe de sus semejantes, de manera que trascienden las pocas oposiciones de las que tiene conciencia. Así, cada cultura, cada individuo posee su propia concepción de auditorio universal, y el estudio de estas variaciones sería muy instructivo, pues nos haría conocer lo que los hombres han considerado, a lo largo de la historia *real, verdadero y objetivamente válido*. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 75).

De acordo com Perelman e Olbretchts-Tyteca (1989), a análise dos argumentos se inicia com os “pontos de partida dos raciocínios<sup>4</sup>”, que posteriormente vão construindo as estratégias da argumentação que contém um conjunto de procedimentos de enlace e dissociação com o fim de lograr a “adesão” do auditório sobre os raciocínios do orador. Desta maneira, em todo processo de argumentação o orador começa com a eleição das premissas que sustentarão o discurso e a formulação das mesmas. Assim, a eleição das premissas e sua formulação estão carregadas de um valor argumentativo entendido como uma preparação ou um raciocínio encaminhado para o uso persuasivo. No Tratado da Argumentação os referidos autores assinalam que a primeira etapa da análise se centra sobre o que eles denominam como acordo relativo às premissas.

Este examen no pretenderá, evidentemente, establecer el inventario de todo lo que sea susceptible de constituir un objeto de creencia o de adhesión: nos preguntaremos cuáles son los tipos de objetos de acuerdo que desempeñan un papel diferente en el proceso argumentativo. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 120).

Aqui, o orador parte de premissas sobre as quais construirá e fundamentará sua própria argumentação, tentando lograr a adesão dos ouvintes a partir de elementos sobre os que considera existir um acordo prévio. Porém, também pode acontecer que o auditório as rejeite, “[...] bien porque no aceptan lo que el orador les presenta como adquirido, bien porque perciben el carácter unilateral de la elección de las premisas, bien porque les sorprende el

---

<sup>4</sup> A expressão utilizada pelos autores na tradução em língua espanhola é “razonamiento jurídico” que não possui um equivalente exato em língua portuguesa, podendo ser traduzida por “raciocínio jurídico” ou “argumentação jurídica”, a depender do contexto de utilização. Neste trabalho, se optará, conforme o caso, por uma destas possibilidades.

carácter tendencioso de su presentación [...]” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 119). Nestes casos, o orador deve começar a buscar premissas e estabelecer novos acordos que possam sustentar a argumentação proposta, daí a relevância na eleição das mesmas, o acordo sobre elas e sua apresentação.

Neste artigo me limitarei a analisar as premissas contidas nos tipos de acordo propostos por Perelman e Olbrechts-Tyteca aplicado às decisões da Corte IDH sobre o exercício progressivo dos direitos por parte das crianças e adolescentes. Sobre os acordos mencionados, os autores consideram que estes podem ser classificados em dois grandes grupos:

- I. Os *acordos relativos ao real*, que versam sobre os fatos, as verdades e as presunções, e;
- II. Os *acordos relativos ao preferível*, que tem relação com os valores, as hierarquias e os lugares do preferível.

De modo geral, pode-se dizer que no processo argumentativo toda afirmação que faz referência ao “real” busca validade frente a um auditório universal; enquanto aquilo que faz referência ao “preferível”, está vinculado a um ponto de vista concreto, limitado, que se identifica com o auditório particular.

### 3 METODOLOGIA

A presente investigação é de tipo *descritiva* porque pretende interpretar fatos reais do passado mediante inferências causais para gerar processos e obter conclusões. Segundo Sampieri (2010, p. 80) “[...] Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis [...]”. Considerando o recorte por sequência de tempo, foi escolhido o tipo *retro prospectivo* porque se estuda um fenômeno ocorrido no passado e logo se continua examinando sua evolução para inferir o efeito num estudo prospectivo. O enfoque da investigação é *qualitativo* porque pretende-se caracterizar variáveis e relacioná-las em um ambiente determinado. O campo de estudo situa-se dentro das relações humanas para compreender a situação e gerar propostas de mudança aos atores envolvidos.

De acordo com Witker (1991), as investigações no campo jurídico podem ser do tipo dogmático-formalista ou do tipo realista-sociológico, desde que acentuem, respectivamente, os aspectos conceituais ou reais das instituições e normas jurídicas. Para esta pesquisa que tem como objeto a análise dos argumentos da Corte IDH, o tipo de investigação adotada é dogmático-formalista e a amostra a ser utilizada para o estudo são três decisões do mesmo

órgão. O tipo da amostra é, contudo, não probabilístico porque esta foi tomada a partir de certos critérios previamente escolhidos.

A técnica de análise empregada é de estudo de casos a partir de um modelo de classificação de premissas. Para a mesma, foram selecionadas três decisões da Corte IDH, cada uma com questões controvertidas diferentes:

*Caso primeiro*<sup>5</sup>: refere-se à responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento forçado de Maria Claudia García Iruretagoyena de Gelman, assim como a supressão e substituição de identidade de Maria Macarena Gelman García.

*Caso segundo*<sup>6</sup>: refere-se à responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e a interferência arbitrária na vida privada e familiar de Karen Atala Riffo, devido a sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na retirada do cuidado e custódia de suas filhas M., V. e R.

*Caso terceiro*<sup>7</sup>: refere-se à responsabilidade internacional do Estado argentino pela sua demora no momento de estabelecer uma indenização a favor de Sebastián Furlán, da qual dependia seu tratamento médico como pessoa com deficiência.

Destarte, a identificação de premissas não foi feita sobre os problemas de fundo que contém cada decisão, mas sim sobre a questão específica relacionada ao exercício de direitos por parte das crianças e dos adolescentes que se desenvolvem de maneira acessória dentro de cada uma das decisões. Aliás, se realizou a identificação das premissas utilizadas pela Corte IDH em suas considerações relativas ao exercício progressivo de direitos por parte das crianças e dos adolescentes conforme o esquema classificatório proposto por Perelman e Olbretchts-Tyteca.

---

<sup>5</sup> A decisão integral do referido caso pode ser consultada no *site* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?lang=es&nId\\_Ficha=345](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=345)>. Acesso em: 01 jun. 2017.

<sup>6</sup> A decisão integral do referido caso pode ser consultada no *site* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?lang=es&nId\\_Ficha=196](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=196) >. Acesso em: 01 jun. 2017.

<sup>7</sup> A decisão integral do referido caso pode ser consultada no *site* da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=210](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=210)>. Acesso em: 01 jun. 2017.

**Quadro 1:** Modelo de esquema para a análise dos acordos.

<b>PREMISSAS</b>	<i>Caso 1</i>	<i>Caso 2</i>	<i>Caso 3</i>
<b>Relativo ao real</b>			
<i>Fatos</i>			
<i>Verdades</i>			
<i>Presunções</i>			
<b>Relativo ao preferível</b>			
<i>Valores</i>			
<i>Hierarquias</i>			
<i>Lugares</i>			

**Fonte:** Elaboração própria.

## 4 RESULTADOS

### 4.1 Premissas relativas ao real

#### 4.1.1 Fatos

Neste grupo de premissas encontramos primeiramente os fatos que fazem referência a certos dados sobre a “realidade objetiva”<sup>8</sup>, estes caracterizam-se por não necessitar, *a priori*, de argumentos que reforcem sua adesão, nem são usualmente objeto de controvérsias; quer dizer, desde o ponto de vista argumentativo existe um acordo universal. Sobre o mesmo, afirma-se que, “[...] no se tiene que aumentar ni generalizar la intensidad de la adhesión, y tal adhesión no necesita de justificación alguna [...]” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 122). Assim, os fatos aceitados podem ser fatos de observação, fatos supostos, conveniados, possíveis ou prováveis; qualquer um destes deve se adequar às estruturas do real admitidas pelo auditório.

Porém, um fato também pode ser questionado, o que é comum quando se suscitam dúvidas no auditório ou quando este último se amplia para outros membros; ante estas situações o fato passa a ser objeto de controvérsia ou desacordo, e deve apelar-se aos procedimentos de comprovação previamente acordados para superá-lo.

No caso dos direitos das crianças e dos adolescentes, os acordos sobre a concepção da infância são o resultado de um processo de transição de paradigmas relativamente novo que outorga aos novos sujeitos de direitos a condição de pessoa e ao mesmo tempo supõe o abandono de uma milenária tradição que os coloca juridicamente em uma categoria inferior aos demais seres humanos.

---

<sup>8</sup> Sobre esta denominação, os autores fazem alusão a H. Pointcaré quem escreve sobre “Lo que es común a varios seres pensantes y podría ser común a todos”.

Por tanto, un suceso pierde normalmente el estatuto de hecho en dos casos: cuando se plantean dudas en el seno del auditorio al que se le presentaba tal hecho y cuando se amplía dicho auditorio añadiéndole otros miembros, con reconocida aptitud para opinar sobre el hecho y que niegan que se trate de un hecho. Este segundo proceso entra en juego a partir del momento en que se puede mostrar con eficacia que el auditorio que admitía el hecho sólo es un auditorio particular, a cuyas ideas se oponen las de los miembros de un auditorio aumentado. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 122).

Em consequência, os princípios gerais ou aqueles de caráter universal citados na CDC estão principalmente encaminhados a assegurar a condição de pessoa das crianças e dos adolescentes, recentemente adquirida para colocá-los na mesma posição que os adultos. Deste modo, os fatos que prevaleceram antes da CDC, perderam seu estatuto e foram deslocados para dar lugar aos que conhecemos atualmente.

A Corte IDH destaca nos casos analisados, que as crianças e os adolescentes são **sujeitos titulares de direitos humanos** e que os mesmos **exercem seus direitos de maneira progressiva**. Ambas as premissas se encontram presentes nos três casos e são utilizadas para reafirmar a condição jurídica destes e garantir sua participação dentro do processo judicial. Entretanto, quanto ao exercício progressivo de direitos, a Corte entende que estes dois fatos estão submetidos à intervenção dos pais e das condicionantes relacionadas à maturidade física e mental.

Por otra parte, el Tribunal, en dicha Resolución, señaló que los niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. (CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 68).

**Quadro 2:** Premissas relativas ao real. Fatos

<b>Fatos</b>	<b>Caso 1</b>	<b>Caso 2</b>	<b>Caso 3</b>
	129. [...] as crianças e adolescentes são sujeitos titulares de direitos humanos.	199. [...] por outra parte, a Corte reitera que as crianças e adolescentes exercem seus direitos de maneira progressiva na medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal	230. [...] as crianças e adolescentes exercem seus direitos de maneira progressiva na medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal
	129. [...] as crianças e adolescentes exercem seus direitos de maneira progressiva na medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal.	68. [...] as crianças e adolescentes na sua primeira infância exercem seus direitos por conduto de seus familiares.	
	68. [...] as crianças e		

<i>adolescentes na sua primeira infância exercem seus direitos por conduto de seus familiares.</i>	
--	--

**Fonte:** Elaboração própria.

Esta intervenção autorizada aos pais para que as crianças e adolescentes exerçam seus direitos aparece no *caso 1* quando se faz referência ao nascimento em cativo de uma menina. Sobre isso, a Corte assinala que a retenção física por parte de agentes estatais, sem o consentimento de seus pais, implica uma afetação à liberdade da menina; quer dizer, a separação da menina de seus pais afeta a liberdade pessoal dela. Então, é possível dizer que temos um sujeito titular de direitos humanos cuja liberdade pessoal está associada à de outras pessoas.

En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquellos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad. (CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 129).

No que se refere às condicionantes de maturidade física e mental, a Corte indica no *caso 2* como o exercício progressivo de direitos está diretamente relacionado com a idade. Aqui, surge a importância da participação de três meninas dentro de um juízo; sobre isso, a Corte entende que devido ao fato das meninas não possuírem a mesma idade, as opiniões de cada uma delas tampouco serão iguais, quer dizer, a idade determina a importância da participação.

Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución [...] se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una. (CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 68).

#### **4.1.2 Verdades**

A análise dos fatos segue a análise das denominadas verdades. Como já foi mencionado, fala-se de fatos quando se alude a objetos de acordos precisos ou limitados;

contudo se faz referência às verdades quando se fala de sistemas mais complexos, relativos aos enlaces entre fatos, relacionadas a teorias científicas, concepções filosóficas ou religiosas, ou sistemas que transcendem à experiência e contam com um alcance mais geral.

La mayoría de las veces se utilizan hechos y verdades (teorías científicas, verdades religiosas, por ejemplo) como objetos de acuerdo distintos, pero entre los cuales existen nexos que permiten la transferencia del acuerdo: la certeza del hecho A, combinado con la creencia en el sistema S, implica la certeza del hecho B, es decir, admitir el hecho A, más la teoría S, supone aceptar B. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 125).

O sistema de normas que conformam a CDC e a Convenção Americana de Direitos Humanos, além de outros instrumentos, são considerados como um conjunto de premissas verdadeiras que gozam de credibilidade para a elaboração dos acordos. Nos casos selecionados, identificam-se principalmente as **normas relacionadas à liberdade e à participação**; ambas estreitamente vinculadas ao exercício progressivo de direitos.

### Quadro 3: Premissas relativas ao real. Verdades

<i>Verdades</i>	<i>Caso 1</i>	<i>Caso 2 e 3</i>
	<i>Artigo 7: Direito à liberdade pessoal. Convenção Americana de DDHH.</i>	<i>Artigo 12: Opinião da criança. Convenção sobre os Direitos da Criança.</i>
	<i>1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições estabelecidas de antemão pelas Constituições Políticas dos Estados Partes ou pelas leis ditadas conforme elas.</i>	<i>1. Os Estados Partes garantiram à criança que esteja em condições de se formar em juízo próprio o direito de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que os afete, tendendo-se devidamente em conta as opiniões da criança, em função da idade e maturidade da criança. 2. Para tal fim, se dará em particular a criança oportunidade de ser escutada, em todo procedimento judicial ou administrativo que afete a mesma, seja diretamente ou por meio de um representante ou de um órgão apropriado, em consonância com as normas de procedimento da lei nacional.</i>

**Fonte:** Elaboração própria.

Uma das normas que a Corte faz menção no *caso 1* é o direito à liberdade pessoal, quer dizer, a possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente as opções e circunstâncias que dá sentido a sua existência. Assim, o exercício de direito pelo conduto dos familiares encontra um acordo no referido artigo 7 (Direitos à liberdade pessoal) dentro de um sistema de normas aplicáveis.

No *caso 2*, a Corte parte do artigo 12 da CDC sobre a opinião da criança e sua

participação nos assuntos que lhes afetem, incluso no processo judicial. Aqui a Corte entende a participação da criança dentro do processo, como uma questão que fica ao arbítrio do julgador, quem deverá considerar o “superior interesse da criança”. Assim também, adquire relevância a representação da criança, seja através dos pais ou do Estado.

En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto. (CORTE IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 199).

No *caso 3* se apresenta a mesma situação, mas são novamente colocadas como condicionantes para a participação, a idade e a maturidade da criança.

En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Igualmente, el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. (CORTE IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 230).

#### **4.1.3 Presunções**

O último grupo de premissas relativas ao real, conforme Perelman e Olbrechts-Tyteca (1989), é o das presunções. A diferença dos fatos e as verdades que se aceitam sem precisar de “reforço” algum e que outorgam segurança para obter a admissão do auditório, as presunções requerem deste reforço adicional para sua aceitação. Entretanto, como os anteriores, pode subministrar as bases para a construção de uma convicção razoável e estas são válidas para o auditório universal com a mesma força que o acordo sobre os fatos comprovados e as verdades.

As presunções se encontram associadas ao que é normal e razoável, e também servem como ponto de partida para as argumentações. Aqui, o normal não se associa ao cálculo

probabilístico, senão ao verossímil, quer dizer, as convicções que surgem das experiências e o sentido comum e nos permitem orientar-nos na vida.

El uso de las presunciones conduce a enunciados cuya verosimilitud no deriva en absoluto de un cálculo aplicado a datos de hecho y no podría proceder de semejante cálculo, aun cuando esté perfeccionado. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 126).

Assim, distinguem-se as presunções do homem, que servem tanto como de ponto de partida quanto de chegada de um raciocínio; e as presunções legais, que são estabelecidas pela lei ou pela jurisprudência. Nestes três casos estudados pode-se inferir a presunção de indefenso e vulnerabilidade que se encontram presentes como justificação da proteção especial para as crianças e adolescentes.

El Preámbulo recuerda los principios fundamentales de las Naciones Unidas y las disposiciones precisas de algunos tratados y declaraciones relativos a los derechos del hombre; reafirma la necesidad de proporcionar a los niños cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y la asistencia, la necesidad de una protección jurídica y no jurídica del niño antes y después del nacimiento, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad. (Convención sobre los Derechos del Niño. Preámbulo).

#### **Quadro 4:** Premissas relativas ao real. Presunções

<i>Presunções</i>	<i>Caso 1</i> <i>Presunção de indefenso.</i>	<i>Caso 2</i> <i>Presunção de indefenso.</i>	<i>Caso 3</i> <i>Presunção de indefenso.</i>
	<i>Presunção de vulnerabilidade</i>	<i>Presunção de vulnerabilidade</i>	<i>Presunção de vulnerabilidade</i>

**Fonte:** Elaboração própria.

## **4.2 Premissas relativas ao preferível**

### **4.2.1 Valores**

Os valores, correspondem ao primeiro grupo de premissas que aspira à adesão de um auditório particular. As mesmas se encontram presente em todas as argumentações, especialmente nos raciocínios do campo jurídico, político e filosófico, onde estas premissas interveem como base da argumentação através de recursos para comprometer o ouvinte a fazer certas eleições em lugar de outras e, de maneira que sejam aceitáveis e aprovadas pelos demais.

Perelman e Olbretchts-Tyteca (1989) fazem uma distinção entre valores abstratos e concretos. Os primeiros se referem a um determinado ser vivo, um grupo específico ou um objeto particular quando são examinados dentro de sua unicidade, por exemplo, a fidelidade ou a lealdade. Por outro lado, os segundos carecem desta determinação como a justiça ou o bem.

Los valores abstractos pueden servir fácilmente a la crítica, ya que no tienen la acepción de personas y parecen proporcionarle criterios a quien quiera modificar el orden establecido. Por una parte, mientras no se desee un cambio, no hay ninguna razón para plantear incompatibilidades. Ahora bien, los valores concretos siempre pueden armonizarse; puesto que lo concreto existe, es posible y realiza cierta armonía. Por el contrario, los valores abstractos, llevados al extremo, son inconciliables: resulta imposible conciliar dentro de lo abstracto virtudes como la justicia y la caridad. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1989, p. 139).

Nas decisões estudadas é possível identificar valores abstratos e concretos que guardam relação com o exercício progressivo de direitos.

**Quadro 5:** Premissas relativas ao preferível. Valores

<i>Valores</i>	<i>Caso 1</i>	<i>Caso 2</i>	<i>Caso 3</i>
	<i>Proteção e cuidado especial (concreto)</i>	<i>Proteção e cuidado especial (concreto)</i>	<i>Participação (concreto)</i>
	<i>Igualdade (abstrato)</i>	<i>Liberdade de pensamento e expressão (abstrato)</i>	<i>Igualdade (abstrato)</i>
	<i>Liberdade de pensamento e expressão (abstrato)</i>	<i>Participação (concreto)</i>	

**Fonte:** Elaboração própria.

Nas considerações da Corte, os valores abstratos cumprem a função de justificar as mudanças no novo sistema de direitos da infância, é por isso que os valores como a igualdade ou a liberdade adquirem grande relevância para a construção jurídica e social dos novos sujeitos de direitos que agora possuem condição de pessoa humana. Por outro lado, os valores concretos ajudam a conceituar os novos direitos que foram adquiridos, seja ampliando ou reduzindo o exercício dos mesmos. Por exemplo, no *caso 1*, a proteção e cuidados especiais que merecem as crianças, também alcança a proteção e cuidado de sua família.

Los hechos probados afectaron también el derecho a la vida, previsto en el artículo 4.1 de la Convención, en perjuicio de María Macarena Gelman, en la medida que la separación de sus padres biológicos puso en riesgo la supervivencia y desarrollo de la niña, supervivencia y desarrollo que el Estado debía garantizar, acorde a lo dispuesto en el artículo 19 de la

Convención y en el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafo 118).

Porém, quanto a valores concretos como a participação, relacionados ao direito de opinar e ser escutado, que já foram examinadas mais acima, se observam novamente limitantes relacionadas à idade e a maturidade da criança.

#### 4.2.2 Hierarquias

Na prática argumentativa se produz a necessidade de hierarquizar os valores, isto pelo fato de que em muitos casos a afirmação simultânea de dois deles pode gerar incompatibilidade, obrigando a eleição. Esta eleição determinará a intensidade na adesão que se busca e, além disso, o valor que haverá de subordinar-se em benefício daquele que está privilegiado.

**Quadro 6:** Premissas relativas ao preferível. Hierarquias.

<i>Hierarquias</i>	<i>Caso 1</i>	<i>Caso 2</i>	<i>Caso 3</i>
	<i>Proteção e cuidados especiais &gt; Liberdade de pensamento e expressão, Igualdade.</i>	<i>Proteção e cuidados especiais &gt; Liberdade de pensamento e expressão, Participação.</i>	<i>Proteção e cuidados especiais &gt; Participação, Igualdade.</i>

**Fonte:** Elaboração própria.

Nas decisões analisadas vemos como o valor concreto relacionado à “proteção e cuidados especiais” adquire maior preponderância ante os demais valores como a “liberdade de pensamento e expressão”, “igualdade” e “participação”. Esta primazia da proteção e cuidados especiais pode encontrar fundamento nas presunções de vulnerabilidade e indefeso das crianças e adolescentes que foram vistas anteriormente, todavia, também pode ser um vestígio do antigo sistema de direitos que considerava as crianças e adolescentes como objetos de proteção.

#### 4.2.3 Lugares

O último grupo de premissas relativas ao preferível são os lugares. Perelman e Olbretchts-Tyteca (1989) denominam como lugares aquelas premissas de caráter muito geral das quais derivam os tópicos ou tratados dedicados ao raciocínio dialético, que servem para fundamentar valores ou hierarquias, ou reforçar a intensidade da adesão. O uso dos lugares

comuns na argumentação se produz em afirmações nas quais se demonstra preferência sobre o estável ante o instável, o duradouro ante o que não é, baseando-se nas premissas mais gerais que mantém superioridade do todo sobre a parte. Assim, isto se caracteriza conforme cada sociedade e época.

No que se refere à temática abordada, a CDC aprovada em 1989 é o instrumento jurídico internacional que tem marcado de maneira indiscutível uma transição sobre o enfoque de direitos na infância e na construção de um novo sujeito de direito. A mesma se dirige por quatro princípios fundamentais que constituem o marco reitor para cada um dos artigos da CDC, sendo ao mesmo tempo a base para que os direitos das crianças e adolescentes se convertam em realidade e sejam exercidos pelos seus titulares. Desta maneira, se consagram os princípios de: Não discriminação<sup>9</sup>; Superior Interesse da Criança<sup>10</sup>; Direito à vida, à supervivência e ao desenvolvimento<sup>11</sup>; e Direito para participar<sup>12</sup>.

Nas decisões estudadas, se encontram presentes os mencionados quatro princípios reitores, entretanto, a análise dos casos se centra em dois deles, que fazem uma alusão mais direta ao exercício progressivo de direitos pelas crianças e adolescentes.

#### **Quadro 7:** Premissas relativas ao preferível. Lugares

**Lugares**

*Caso 1, Caso 2 e Caso 3*  
*Superior Interesse da criança (essência)*  
*Direito para participar (pessoa)*

---

**Fonte:** Elaboração própria.

Na classificação dos lugares realizada por Perelman e Olbretchts-Tyteca, percebe-se especial atenção àqueles relacionados à *essência* e à *pessoa*; a primeira se refere ao fato que concede um valor superior aos indivíduos em qualidade de representantes, quer dizer, se trata de uma comparação entre sujeitos concretos; e a segunda está mais relacionada com a concessão de um valor superior àquelas características das pessoas quanto a sua dignidade, sua capacidade e seus méritos.

En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. (CORTE IDH:

---

<sup>9</sup> Art. 2. Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>10</sup> Art. 3. Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>11</sup> Art. 6. Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>12</sup> Art. 12. Convención sobre los Derechos del Niño.

Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 199; y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafo 230).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, o mundo da infância tem sido um grupo excluído na sociedade e sua condição jurídica dentro do Estado encontrava-se reduzida ao arbítrio dos pais, familiares, tutores até mesmo do Estado, para os quais as crianças e adolescentes eram vistos como “objeto de proteção”. Porém, com o advento da CDC que sustenta o novo paradigma, se produz uma mudança radical no sistema de direitos que os coloca juridicamente dentro da categoria de “pessoa”.

Desta maneira, os avanços legislativos na América Latina, assim como no resto do mundo, têm se refletido na aprovação quase unânime da CDC, assim como na adesão a tratados e protocolos em matéria de direitos para as crianças e adolescentes, sobretudo, nas reformas das leis nacionais ou, em outros casos, na criação de novos corpos normativos específicos para a infância. Entretanto, o caminho a percorrer ainda é longo, porque apesar do reconhecimento de direitos para as crianças e adolescentes, a marcha para o exercício destes é a seguinte etapa para lograr o acesso aos espaços de participação dentro da sociedade.

Neste sentido, analisaram-se as decisões da Corte IDH para identificar os argumentos apresentados pela mesma nas suas decisões que afetam as crianças e adolescentes, para determinar como se expõem as premissas dentro das sentenças em relação ao exercício progressivo de direitos por parte dos mesmos. Para isso, tomou-se como referencial teórico a obra “Tratado da argumentação, a nova retórica” de Perelman e Olbretchts-Tyteca, na qual se adotou como ponto de partida para a argumentação o estudo das premissas para a elaboração dos acordos e posteriormente lograr a aprovação de um auditório.

Desta maneira, para a análise foram agrupadas as premissas em duas categorias: uma **relativa ao real**, que compreende aos fatos, as verdades e as presunções; e outra **relativa ao preferível**, que abarca os valores, as hierarquias e os lugares do preferível. Conforme a metodologia adotada, o estudo dos três casos selecionados limitou-se à análise sobre o exercício progressivo de direitos, quer dizer, as premissas utilizadas nos acordos que guardam relação com o exercício de direitos por parte das crianças e adolescentes.

Quanto aos **fatos**, a Corte IDH destaca nos casos analisados que as crianças e os adolescentes são sujeitos titulares de direitos humanos e que os mesmos exercem seus direitos

de forma progressiva, ambos os fatos reafirmam a condição jurídica das crianças e adolescentes e são mencionados para demonstrar a participação dos mesmos dentro do processo judicial.

Contudo, essa participação que é uma forma de exercício de direitos se encontra limitada pela intervenção dos pais, os quais exercem este direito como representantes da criança, especialmente na primeira infância. Esta limitação se fundamenta na “maturidade física e mental” que a criança possui, devido ao fato de que estamos diante de pessoas que “estão crescendo” e o protótipo de “maturidade” para as pessoas que é aceito pelo auditório universal é o que corresponde às pessoas adultas.

Sobre as **verdades**, as decisões fazem referência principalmente aos sistemas de normas que conformam a CDC e a Convenção Americana de Direitos Humanos, as quais gozam de credibilidade para a elaboração dos acordos devido à ampla aceitação demonstrada pelos Estados signatários e sua incorporação nas respectivas legislações internas.

Assim, nos casos analisados se identificam principalmente as normas relacionadas à liberdade e à participação, sendo a primeira como fruto de um logro histórico para a infância que sempre tinha estado submetida à vontade das pessoas adultas. Esta também representa uma característica de sua luta pela liberdade que se diferencia de outros grupos excluídos como os negros, as mulheres ou os indígenas, devido a que as reivindicações e a militância não têm vindo diretamente das crianças e adolescentes, senão de interlocutores adultos.

Em relação à participação, são várias as normas que a consagram, mas as limitantes dentro das mesmas ocasionam um constante jogo de pesos e contrapesos, onde geralmente a “idade” e a “maturidade” determinam o resultado do conflito. Estas limitações que determinam o peso da balança podem ser entendidas através das denominadas **presunções**, dentre as quais podem ser inferidas a presunção de indefenso e vulnerabilidade em que se encontram as crianças e adolescentes, por motivo da “idade” e “maturidade”. Assim, as origens destas presunções podem estar no princípio do “superior interesse da criança” e nos fundamentos de proteção integral; ou talvez nos vestígios do antigo paradigma no qual as crianças eram consideradas “objetos de proteção”, o que também poderia significar um retrocesso neste novo sistema de direitos.

Em relação ao grupo de premissas ligadas ao preferível, sobre os valores, os abstratos cumprem a função de justificar as mudanças no novo sistema de direitos da infância, enquanto que os concretos ajudam a conceituar os novos direitos que foram adquiridos. Entretanto, valores concretos relacionados à “proteção e cuidados especiais” adquirem maior preponderância ante os demais valores como a “liberdade de pensamento e expressão”,

“igualdade” e “participação”. Assim, esta hierarquização de valores pode também estar relacionada às mencionadas presunções de vulnerabilidade e indefenso.

Por último, foram identificados os lugares que a Corte utiliza e que correspondem aos quatro princípios fundamentais que indica a CDC: Superior interesse da criança; Direito à vida, supervivência e desenvolvimento; e Direito a participar. Sobre este primeiro princípio, talvez o mais importante de todos, existe falta de clareza dentro da CDC porque não se explica ou define o que se deve entender pelo Superior interesse da criança. Assim sendo, mesmo que a CDC tenha feito referência a este princípio em oito ocasiões<sup>13</sup>, foi a doutrina quem se encarregou de conceituar e estabelecer os limites e alcances do mesmo.

Neste sentido, nas premissas utilizadas pela Corte IDH em suas decisões sobre o exercício progressivo de direitos por parte das crianças e adolescentes se observa que as mesmas se fundam no sistema normativo da CDC e na Convenção Americana de Direitos Humanos, que consagram principalmente valores como a liberdade e a participação, ainda que esta última se veja limitada por valores concretos como a proteção, a qual se encontra estreitamente ligada a presunções de vulnerabilidade e indefenso baseadas em condicionantes como a idade e a maturidade. Quanto aos lugares comuns utilizados – que agem como princípios reitores do sistema de direitos para a infância – os mesmos constituem um ponto de partida interessante para pensar e debater sobre os acordos elaborados pelos adultos para a participação das crianças e adolescentes e o exercício de seus direitos.

## 6 REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. **El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen**. Madrid: Taurus, 1987.

ÁVILA, Ramiro; CORREDORES, María. **Derechos y Garantías de la Niñez y Adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral**. Ecuador: V&M Gráficas, 2010.

BARATTA, Alessandro. Infancia y Democracia. In: García Méndez, E., Beloff, M. (Org.), **Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)**. Temis/Depalma: Colombia, 1998, p. 21-40.

BELOFF, Mary. **Los derechos del niño en el sistema interamericano**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

BRUÑOL, Miguel Cillero. Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. **Infancia: Boletín del Instituto Interamericano del Niño**. OEA, v. 234, p. 1-13,

---

<sup>13</sup> Art. 3; 9.1; 9.3; 18; 20; 21; 37; y 40. Convención sobre los Derechos del Niño

1997.

CASAS, Ferrán. Infancia y representaciones sociales. **Política y sociedad**, Cataluña, vol. 43, n. 1, p. 27-42, 2006.

DIETERICH STEFFAN, Heinz. **Nueva guía para la investigación científica**. Lima: Asociación Civil Universidad de Ciencias y Humanidades, Fondo Editorial, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Traducción de Marta Guastavino. Editorial Ariel: Barcelona, 1984.

HABERMAS, JÜRGEN. **La inclusión del otro. Estudios sobre teoría política**. Paidós: Barcelona, 1999.

KUHN, Thomas S. **La estructura de las Revoluciones Científicas**. Traducido por Agustín Contin. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado de la argumentación**. Madrid: Gredos, 1989.

PIEDRAHITA, María Victoria Alzate. El “Descubrimiento” de la Infancia (I): Historia de un Sentimiento. **Revista Electrónica de Educación y Psicología**. Bogotá, vol. 1, n. 1, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emilio**. Madrid: Edaf, 1982.

SAMPIERI HERNÁNDEZ, R.; FERNÁNDEZ COLLADO, C.; BAPTISTA, M. d. **Metodología de la investigación (quinta edición ed.)**. México DF: Mc Graw Hill, 2010.

UNICEF. **Convención sobre los derechos del niño: 20 de noviembre de 1989**. Madrid: UNICEF-Comité Español, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. Madrid: Taurus, 1964.

WITKER, Jorge. **Cómo elaborar una tesis en Derecho. Pautas Metodológicas y Técnicas para el Estudiante o Investigador del Derecho**. Madrid: Editorial Civitas, SA Primera Edición. Reimpresión de Gráficas Rogar, 1991.

### **Jurisprudencias:**

CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

CORTE IDH. **Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

CORTE IDH. **Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de Agosto de 2012. Serie C No. 246.