

## O DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO MENOR

### *THE FUNDAMENTAL DUTY OF CHILD PROTECTION*

Renato Lovato Neto<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Os Deveres Fundamentais; 2 Dever Fundamental de Proteção A Criança e ao Adolescente; 3 Princípio da Prioridade; 4 Tutela Específica; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

#### RESUMO

Os deveres fundamentais constituem deveres autônomos em relação aos direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata mitigada e previsão infraconstitucional reduzida. O dever fundamental de proteção ao menor surge em previsão do artigo 227 da Constituição Federal de 1989 e determina como titulares de tutela específica toda criança e adolescente com relação a sua família, à sociedade e ao Estado, pressupondo uma responsabilidade subsidiária com a família como principal devedora de guarda. A tutela especial se justifica pela posição hipossuficiente do menor de idade, de extrema vulnerabilidade, bem como pelas mazelas que a violência doméstica pode causar no normal desenvolvimento do ser humano. Assim, esta tutela especial deve ser despendida com absoluta prioridade na efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Deveres Fundamentais; Tutela Especial do Menor; Criança e Adolescente; Violência Doméstica.

#### ABSTRACT

The fundamental duties constitute autonomous duties in regards to the fundamental rights, havin immediate aplication and under constitutional prediction reduced. The fundamental duty of child protection comes from the article 227 from the Constituição Federal from 1989 e determines as holders of a special guardianship every underage in regards to his family, the society and the State, presupposing a subsidiary responsibility with the family as the main guard debtor. The special guardianship is justified by the weaker position of underage, with extreme vulnerability, as by the ills brought by the domestic violence that can cause in the normla development of the human being. This special guardianship should be given with absolute priority in the enforcement of fundamental rights of children and adolescents.

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina, Estado do Paraná, Brasil; Linha de pesquisa em "Dinâmicas institucionais das Políticas Públicas"; estudante; [rloatoneto@gmail.com](mailto:rloatoneto@gmail.com)

**KEY WORDS:** Fundamental Duties; Special Guardianship of the Underage; Child and Adolescent; Domestic Violence.

## INTRODUÇÃO

Os deveres fundamentais correspondem a deveres autônomos em relação aos direitos fundamentais, que têm como titulares indivíduos, coletividades ou o Estado e a finalidade de garantir a preservação das instituições públicas e da ordem jurídica constitucional vigente.

A existência de deveres fundamentais resta como fator para a manutenção equilíbrio entre os sujeitos na relação entre Estado e sociedade, na qual há de equiparar direitos e deveres fundamentais recíprocos, quer dizer, tanto o primeiro como os cidadãos contidos na segunda têm deveres entre si, o que viabiliza o desfrute de direitos.

O trabalho tem por objetivo a explanação de conceitos relacionados ao dever fundamental de proteção à criança e ao adolescente, com especial ênfase ao seus sujeitos e o motivo da existência desta tutela especial.

A obra visa à elucidação acerca da proteção específica do menor (importante fase do desenvolvimento do ser humano e de proteção extremamente interessante ao Estado e à sociedade) e desenvolve observações quanto à teoria geral dos deveres fundamentais, bem como os limites do seu alcance, sua aplicação imediata e a criação de novos via legislação infraconstitucional, partindo da sua gênese histórica.

Dessarte, tais questões serão objeto das deliberações exibidas na presente, com a finalidade de compreender a atuação do Direito pátrio em frente ao desrespeito à integridade física e moral da criança e do adolescente e o porquê do tratamento diferenciado.

A análise deste dever fundamental resulta da assimilação dos trabalhos dos doutrinadores mais respeitados (com a reflexão sobre eventuais divergências no

tratamento jurídico) e algumas breves conclusões com base nas premissas delineadas pelos autores.

Assim sendo, o estudo tem o fim de destacar os instrumentais oriundos da previsão constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente para tutela do menor e de quais mecanismos o ordenamento pátrio dispõe para tutelar os bens jurídicos constitucionalmente elencados, quais sejam, a integridade física e mental do menor com o fim de viabilizar a plena evolução de sua personalidade, seja no bojo da família ou no âmbito social e do Estado.

## **1 OS DEVERES FUNDAMENTAIS**

### **1.1 ORIGEM DOS DEVERES FUNDAMENTAIS**

A categoria de deveres em tese é oriunda do deveres humanos, que constituem deveres morais impressos no sentimento social dos indivíduos por toda a história das sociedades, tais como não matar, ser justo ou não praticar o mal a ninguém, que não são prescritos pelo Estado ou por um ordenamento jurídico e sim pelos parâmetros que ditam o modo de agir imprescindível para a vida em sociedade, decorrentes do próprio ser humano. Destarte, os deveres humanos se caracterizam como estes, porém objetivados em uma Constituição e que consolidam pressupostos para a realização de direitos e garantias fundamentais por parte do Estado.

Os deveres fundamentais mais basilares do ordenamento jurídico oriundos dos deveres humanos, que podem ser aferidos até mesmo sem o estudo do sistema constitucional em caso concreto, consistem na condição de respeitar o próprio conjunto de normas jurídicas pátrio e a situação jurídica alheia, quer dizer, todo indivíduo deve sagrar a concretizar da legislação abstrata e não interferir arbitrariamente e desproporcionalmente na esfera de direitos dos outros.

Alguns autores<sup>23</sup> apontam os escritos bíblicos e religiosos como a origem dos deveres humanos, que, por sua vez, resultaram nos deveres fundamentais. Todavia, a crença que alguma divindade tenha fomentado a criação de papíros com potencial para cravar o modo de agir de toda a humanidade não pode servir de aporte para fatos tão decisivos para a vida em sociedade – justamente porque o argumento de que deveres básicos para a coexistência social, surgiram a partir de ordens de algum deus resta surreal, na medida em que deveres desta espécie equivalem à essência do convívio em sociedade e, na realidade, procedem tão somente do cotidiano social, não de mandamentos de seres extraterrenos.

Portanto, as escrituras religiosas configuram as primeiras instrumentalizações de deveres humanos e, considerando que grande parcela da população tem crenças religiosas, nada mais normal que os criadores de leis – analisados em sua singularidade – imprimam seus ideais que consideram sagrados e julgam os mais apropriados para reger os cidadãos alcançados pela sua jurisdição, quando, na real, apenas imputam normas comuns a qualquer meio social, não importando a religião e sem qualquer interação divina (com exceção de normas muito peculiares ou determinações com base apenas em concepções teológicas, como vedação do casamento homossexual ou ao aborto, o que fere diretamente a dignidade da pessoa humana dos afetados), mas sim a evolução natural das legislações por todo o mundo, isto é, o dever ser em sua constante mutação para se adequar ao ser ou modificá-lo.

Quer dizer, as normas que primeiramente imprimiram deveres humanos não advêm de iluminações divinas, mas somente de determinações gerais que podem ser encontradas em qualquer sociedade e que subconscientemente o legislador normatizou acreditando ser alguma inspiração sagrada, o que não tira o mérito destas escrituras serem, assim, os primeiros registros de espécies de deveres humanos, hoje muito mais complexos.

---

<sup>2</sup> ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. **A face oculta dos Direitos Humanos: os deveres fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Michele%20Alencar%20da%20Cruz%20Alcantara.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

<sup>3</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. **Deveres fundamentais e a Constituição brasileira.** Disponível em: <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/28>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

A explicação com embasamento filosófico mais palpável pousa sobre a moral e as virtudes, como deveres éticos que traduzem o melhor meio de atuar em sociedade em prol de todos outros inseridos nessa, tal como Immanuel Kant identifica como imperativo categórico – que, de uma forma geral, pretende apontar como se conduzir perante a coletividade, mas cai em inutilidade perante uma pessoa fora do chamado juízo do homem médio.

Assim sendo, a moral e a motivação do homem virtuoso como ideal – pensamento capitaneado por Marco Túlio Cícero em *De officiis* (Dos Deveres) – consistem na gênese dos deveres humanos, que evoluíram e foram positivados em ordenamentos jurídicos, para então migrarem à objetivação em Constituições, quando então ganharam a alcunha de deveres fundamentais, imprescindíveis ao Estado Social Democrático de Direito.

## 1.2 DEVERES FUNDAMENTAIS COMO CATEGORIA *PER SE*

Ao contrário do que decorre de uma análise superficial do tema, os deveres fundamentais não são meras limitações aos direitos fundamentais, e muito menos apenas o contrário destes, isto é, não são somente paradigmas que cerceiam direitos ou correspondentes diretos deles. Ora, os deveres fundamentais abarcam categoria autônoma e, muito embora existam alguns que se enquadrem nestas condições, possuem sistemática própria, com tratamento constitucional diverso do despendido aos direitos.

O *princípio da assinalagmaticidade* ou *assimetria* entre direitos e deveres fundamentais alicerça o estado de liberdade e inibe a correspondência absoluta entre eles<sup>4</sup>. Todavia, importa destacar que existem deveres conexos com direitos fundamentais, isto é, há deveres fundamentais não autônomos tanto como outros independentes.

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.533.

Sarlet<sup>5</sup> escreve que:

A existência de deveres conexos a direitos (...), não afasta a circunstância de que os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional autônoma, especialmente por não poderem ser confundidos com as restrições e limitações de direitos fundamentais, ainda que possam servir de justificativa constitucional para eventuais limitações ou restrições.

### 1.3 DIMENSÕES DE DEVERES FUNDAMENTAIS

A classificação em dimensões dos direitos fundamentais pode ser perfeitamente aplicada a esses deveres. A primeira consolida deveres de cunho individual, a segunda, os que pretendem a materialização da igualdade, na terceira há os difusos, coletivos e metaindividuais, ligados à solidariedade, que visam à proteção do meio ambiente, do patrimônio público e do direito consumerista, bem como o especial dever de recolher tributos – que abastecem os cofres públicos que subsidiam a máquina estatal – e, na quarta, considerada apenas por alguns doutrinadores, a democracia surge como dever fundamental (pois ela não pode ser deixada à vontade momentânea da sociedade de exercê-la na sua qualidade de direito fundamental, sendo determinante a sua conformação como dever e exigindo o cumprimento, por meio da escolha de representantes e participação ativa na vida política).

Da mesma forma, assim como há direitos de abstenção e direitos de prestação (jurídica ou material), existem deveres defensivos ou negativos e deveres fundamentais prestacionais ou positivos, como aponta Sarlet<sup>6</sup>, que ainda destaca a dificuldade de enquadrar alguns direitos em uma só categoria – com exemplos dos deveres de defesa e promoção da saúde, do meio ambiente e do patrimônio cultural –, o que transforma classificações como esta em apenas um subsídio didático, sem grandes aplicações concretas.

---

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 243.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 242.

#### 1.4 DEVERES FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE NA CF/88

Siqueira<sup>7</sup> arrola alguns deveres fundamentais presentes no texto da CF/88, como o:

(...) dever de respeito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art.5º, *caput*); dever de fazer ou deixar de fazer algo em virtude da existência de lei (art. 5º, II da CF); dever de indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V e X, da CF); dever de respeito à liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI-VIII, da CF); dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem e a casa do indivíduo, bem com sua correspondência, comunicações telegráficas de dados e telefônicas (art. 5º, X a XII, da CF); dever de respeitar a propriedade (art. 5º, XXII, da CF); dever de atender à função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF); dever de prestar ajuda ao Estado e/ou à sociedade em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXV, da CF); dever de respeitar as criações alheias, bem como seu valor (art. 5º, XXVII a XXIX, da CF); deveres de alistamento eleitoral, de votar e de filiação partidária para se eleger (art. 14, da CF); dever de alistamento militar (art. 143 da CF); dever de pagar tributos (arts. 145 a 162, da CF); dever de contribuir para a seguridade social (arts. 194 e 195); dever de educar (art. 205, da CF); dever de promover e proteger o patrimônio cultural (arts. 215 e 216, da CF); dever de preservar o ambiente (art. 225, da CF); deveres conjugais (art. 226, §5º, da CF); dever de dar suporte à criança e a ao adolescente (art. 227, da CF); dever de amparar as pessoas idosas (art. 230, da CF).

Importa salientar que a supracitada lista não se mostra exaustiva, mas resulta em uma tentativa válida do jurista de enumerar deveres fundamentais contidos no texto constitucional, tarefa de difícil efetivação, porque eles se confundem, em caso concreto, com meras restrições aos direitos fundamentais quando implícitos, até pela falta de estudos mais aprofundados sobre o tema, principalmente em solo brasileiro.

Ainda, os deveres fundamentais não gozam de rubrica específica, tal como os direitos e garantias fundamentais no Título II da CF/1988, embora estejam previstos, de forma imprópria e menos explícita, no Capítulo I, como deveres

---

<sup>7</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. **Deveres fundamentais e a Constituição brasileira**. Disponível em: <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/28>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

individuais e coletivos, ao lado dos direitos, que, por óbvio, remetem aos direitos fundamentais, enquanto aqueles seriam os deveres fundamentais.

A previsão de deveres nas palavras da Carta Maior recebe crítica de José Afonso da Silva<sup>8</sup>, que disserta:

Os conservadores da Constituinte clamaram mais pelos deveres que pelos direitos. Sempre reclamaram que a Constituição só estava outorgando direitos e perguntavam onde estariam os deveres? Postulavam, até que se introduzissem aí deveres individuais e coletivos. Não era isso que queriam, mas uma declaração constitucional de deveres, que se impusessem ao povo. Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que **cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria. (grifo nosso)**

A apreciação do renomado jurista não se firma como a mais adequada à sistemática constitucional, pois não há como ignorar a existência de deveres de extrema importância à própria sustentação das prescrições da CF/88 prescritos no texto dela própria. Não obstante, com objetividade, José Afonso da Silva aponta os deveres fundamentais que formam o alicerce de todos os outros, quais sejam, o respeito ao ordenamento jurídico constitucional e aos direitos de outrem, o que tem sua medição por uma espécie de imperativo categórico com a dignidade como fator norteador.

Ademais, enquanto Siqueira<sup>9</sup> arrola deveres fundamentais com titularidade dos cidadãos, Silva<sup>10</sup> aponta deveres no art. 5º da CF/88 com destinatário o Poder Público e seus agentes, mais relacionados ao funcionamento do Poder Judiciário, como:

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992, p. 179.

<sup>9</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. **Deveres fundamentais e a Constituição brasileira**. Disponível em: <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/28>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992, p. 179

(...) o dever de propiciar ampla defesa aos acusados, o dever de só prender alguém por ordem escrita de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares, o dever de comunicar a prisão de alguém e o local onde se encontre ao juiz competente e à família do preso, o dever de informar ao preso os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado, o dever de identificação, ao preso, dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório, o dever de respeitar a integridade física do preso etc. (art. 5º, XLIX, LXII, LXIII e LXIV).

Por fim, vale destacar o pensamento do doutrinador português Canotilho<sup>11</sup> perfeitamente aplicável ao Direito Constitucional nacional, quando comenta o elenco de deveres fundamentais da Constituição portuguesa :

A Constituição não consagra, no entanto, um *catálogo de deveres fundamentais* à semelhança dos direitos fundamentais. Há apenas *deveres fundamentais de natureza pontual* necessariamente baseados numa norma constitucional ou numa lei mediante autorização constitucional.

## 1.5 APLICAÇÃO IMEDIATA E DEVERES EXTRAconstitucionais

A aplicabilidade imediata compõe raridade em matéria de deveres fundamentais, o que se evidencia pela não menção deles no art. 5º, §1º, da CF, e, para a sua imposição sem permissivos legislativos, há de se ter máxima cautela. Na realidade, a grande maioria deles carecem de uma intervenção do legislador ordinário, com o fim de materializá-los em relação a procedimentos concretos, mas não se resumem a normas programáticas, até porque possuem um certo grau de aplicação, da mesma forma que os direitos fundamentais.

Sarlet<sup>12</sup> aponta que os deveres fundamentais podem ter aplicação imediata, mas que estas características devem ser analisadas diferentemente do modo que acontece com os direitos:

(...) especialmente quando se cuidar da imposição, diretamente deduzida de deveres fundamentais (sem mediação legislativa) de

---

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 532.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008, p. 243.

sanções de natureza penal, administrativa e mesmo econômica, há que ter a máxima cautela e render sempre a devida homenagem ao princípio da legalidade e seus diversos desdobramentos, entre outros. Em sentido contrário, no âmbito jurídico-constitucional lusitano, prevalece o entendimento de que, diversamente do que ocorre com os preceitos constitucionais relativos aos direitos, liberdades e garantias, que são diretamente aplicáveis (ainda que nem sempre exequíveis), **os preceitos relativos aos deveres fundamentais, de acordo com a posição dominante, são apenas indireta ou mediatamente aplicáveis. (grifo nosso)**

O art. 5º, §2º, da CF, prevê que o rol delineado no texto constitucional não exclui outros direitos e garantias fundamentais decorrentes da análise sistemática do ordenamento jurídico ou de tratados e convenções internacionais, o que não pode ser considerado em questão de deveres, na medida em que não existe a cláusula de abertura para a constatação de deveres fundamentais extraconstitucionais – o que não inviabiliza a prescrição de deveres desta categoria via legislação infraconstitucional, desde que respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além da legalidade, visto que restringem a esfera de liberdades individuais e, conseqüentemente, afetam a dignidade humana.

## **2 DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE**

A Constituição Federal de 1988 garante ao menor um rol de direitos fundamentais e coloca como *dever* da família, da sociedade e do Estado a sua efetivação, determinados de forma exemplificativa no *caput* do artigo 227:

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

(...)

Assim, a Carta Magna previu ao menor de forma prolixa direitos fundamentais fora do elenco do artigo 5º que, na realidade, são comuns a todo e qualquer ser humano, isto é, não há como se falar que somente à criança e ao adolescente há, por exemplo, o direito à cultura (previsto no artigo 215), à dignidade (artigo 1º, inciso III) e à vida e liberdade (artigo 5º, *caput*), pois são direitos fundamentais e humanos, de conotação universal.

A CF/88 pretende, na realidade, a implementação de uma tutela especial ao ser humano em desenvolvimento, com idade até dezoito anos, carente de atenção específica até atingir determinada idade, quando o ordenamento jurídico entende que ele tem o discernimento necessário para agir e pensar por si só.

Desta forma, a Constituição concretiza um mecanismo de proteção ao menor, formado pelo empenho específico de concretizar os direitos fundamentais em situação em que se trata de menores de idade, devido a sua condição frágil. Isto se deve à faceta do direito fundamental à igualdade que se reflete na igualdade material, ou seja, a legislação prevê um desequilíbrio de tratamento em prol da criança e do adolescente com o objetivo de deixá-los em condição de pleno e são crescimento.

Assim sendo, no momento em que se trata de menores de idade, os direitos fundamentais ganham compreensão diversa da despendida com relação ao restante dos sujeitos, tendo a sua efetivação prioridade, pois configuram seres que não podem conquistar o essencial por conta própria e precisam de distinto amparo.

O dever fundamental a essa tutela especial ao menor tem como sujeitos a família (parentes linha reta ou colateral), a sociedade e o Estado, de forma comum, na medida em que a desenvolvimento do indefeso é de responsabilidade de todos e não somente das pessoas no âmbito doméstico, não obstante sejam eles a mais importante influência no crescimento e o fator que condiciona o comportamento de cada por toda a vida.

Quanto à família, a CF/88 ainda determina no artigo 229 o especial dever fundamental dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores, o que

esclarece a força do dever fundamental que a família tem com relação à tutela dos menores e o empenho que deve ser empregado para que estes possam se ver assegurados com relação aos direitos fundamentais.

Silva<sup>13</sup> argumenta que:

Essa família, que recebe proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos fundamentais da criança e do adolescente (...).

Destarte, Tavares<sup>14</sup> faz ressalva quanto ao artigo 229 da CF/88, que criaria uma responsabilidade subsidiária do Estado e da sociedade com relação à família no exercício do dever fundamental de proteção ao menor:

Portanto, dos pais pode ser exigida a tutela específica no assistir, criar e educar os filhos. Em primeiro lugar, portanto, respondem a esse conjunto de obrigações os próprios pais, e não o Estado ou a sociedade. O seio social é o primeiro ambiente para o desenvolvimento do menor, do que resulta a preocupação constitucional especificamente voltada para esse aspecto.

Na verdade, embora dentro de casa que o menor apreende os primeiros traquejos da vida social, somente com o convívio com similares e dispares que ele irá assimilar os costumes e o modo de viver local, aplicando muito daquilo ensinado pela família e também entendendo novos elementos dos outros, devendo ainda a sociedade contribuir para a materialização dos direitos fundamentais do menor com o seu devido respeito e proteção.

Ainda, na falta de cuidados ou recursos da família e da sociedade, o Estado atua tanto como agente subsidiário no auxílio como substituto, afastando o menor do ambiente que lhe traz malefícios e lhe munindo com os meios necessários ao correto usufruto dos direitos previstos constitucionalmente.

Ao lado de todas estas considerações, a Lei n.º 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) é taxativo ao prever a titularidade de direitos fundamentais

---

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992, p. 721.

<sup>14</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 522.

por menores e o dever fundamental da família, sociedade e Estado de protegê-los e garantir a o livre exercício destes direitos:

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

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

(...)

O ECA ainda prevê a tutela dos menores contra abusos e violência em todas as suas modalidades, guardando assim a sua integridade física, psicológica, moral e social, expandindo a segunda parte do *caput* do artigo 227 da CF/88:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Importa ressaltar que a proteção dos menores não corresponde assim a somente um direito fundamental específico, mas um instrumento de garantia de um rol de direitos fundamentais que já seriam devidos à criança e adolescente pelo simples fato de existirem, e que tem a sua eficácia resguardada pela CF/88 ao prescrever o dever fundamental de tutela à família, à sociedade e ao Estado de implementarem estes direitos quando o sujeito for menor de idade, assim como de proteger este de qualquer conduta ou fato que possa reduzir a sua integridade física e moral.

### 3 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE

O artigo 227, *caput*, da CF/88 prevê o princípio da prioridade em sede de direitos fundamentais do menor, quer dizer, a família, o Estado e a sociedade, no exercício do dever fundamental de proteger a criança e o adolescente, devem dar absoluta preferência à tutela do menor com relação a qualquer outro sujeito que possa afetar o desempenho da guarida.

Tavares<sup>15</sup> reflete que:

A Constituição pretendeu reafirmar a proposição de que os direitos fundamentais são titularizados por todos, incluindo os menores, com o propósito deliberado de deferir-lhes o princípio da prioridade de tratamento.

### 4 TUTELA ESPECÍFICA

A proteção especial do menor consolida a defesa com primazia da criança e do adolescente, com ressalva às suas características específicas da idade ao determinar que, quando há direitos fundamentais de titularidade de menores a serem efetivados, há o dever fundamental de priorizar a realização por intermédio da família, da sociedade e do Estado.

Tavares<sup>16</sup> a conceitua nos seguintes termos:

Na realidade, quando se fala em Direito do menor, ou da criança e do adolescente, pretende-se assegurar a essa categoria de pessoas todos os direitos que são assegurados aos adultos, tais como a vida, a igualdade, a privacidade, e outros, mas com especial atenção o que revela que a expressão designa um conjunto de direitos “comuns” que devem ser encarados por uma perspectiva nova ou diferenciada, porque só assim se atenderá à dignidade da pessoa humana em desenvolvimento. Se houvesse a inserção dos menores no mesmo nível de tratamento dispensado às demais pessoas, haveria um completo desrespeito à sua natureza peculiar e ao princípio da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>15</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 520.

<sup>16</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 520.

que obriga a considerar as peculiaridades próprias da natureza do ser humano em desenvolvimento (do menor). (...) o cuidado a ser dispensado está em direta relação com sua especial condição de vulnerabilidade.

No mesmo teor, Silva<sup>17</sup> escreve que:

A Constituição é minuciosa e redundante na previsão de direitos e situação subjetivas de vantagens das crianças e adolescentes, especificando com relação a eles direitos já consignados para todos em geral, (...), mas estatui importantes normas tutelares dos menores (...).

A tutela especial esta delimitada no *caput* do artigo 227 da CF/88, bem como no seu §3º, que determina alguns aspectos relevantes da proteção especial, como a idade mínima para trabalho – de dezesseis anos, ao contrário do que se afere pelo artigo 227, §3º, inciso I, devido à Emenda Constitucional n.º 20/1998, que alterou o artigo 7º, inciso XXXIII, do mesmo texto –, como também em legislação infraconstitucional, com destaque ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990).

#### 4.1 BREVE HISTÓRICO

O primeiro esforço internacional em efetivar uma tutela especial para a criança e o adolescente advém do trabalho da Sociedade das Nações, quando os países membros firmaram a Declaração de Genebra dos Direitos da Criança em 1924.

A Declaração Universal de Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU) de 10 de dezembro de 1948, de modo progressista, afirmou a necessidade de atenção específica que deve ser despejada aos menores:

##### **Artigo 25**

I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

---

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992, p. 721.

II) A maternidade e a infância tem direito a cuidados e assistência especiais. **Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.**

A Declaração dos Direitos da Criança da ONU de 20 de novembro de 1959 delinea a proteção especial do menor em seu artigo 2º:

Art. 2º - A criança gozará de uma **proteção especial** e beneficiará de oportunidades e serviços dispensados pela lei e outros meios, para que possa desenvolver-se física, intelectual, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Posteriormente à Declaração de 1959, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (**Regras de Beijing**), as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (**Regras de Tóquio** adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/110, de 14 de Dezembro de 1990) e as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (**Diretrizes de Riad**) complementaram o tratamento jurídico em âmbito internacional do menor.

O Pacto de São José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969 prevê dispositivo no mesmo teor:

Artigo 19 - Direitos da criança

Toda criança terá direito às **medidas de proteção que a sua condição de menor requer**, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

Por fim, em 1989 ocorreu a normatização da **Convenção sobre os Direitos da Criança**, adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 determinava apenas a proteção do menor com relação ao trabalho, sem qualquer tutela diferenciada (artigo 121, §1º, alínea *d*), da mesma forma que a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 em seu artigo 137, alínea *k*, a Carta de 1946,

no artigo 157, inciso IX, e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (artigo 158, inciso X).

Somente na Constituição Federal de 1989 a tutela especial da criança e do adolescente foi determinada, conforme já salientado supra, devido ao seu caráter de carta de direitos que, com a mesma mão, promoveu o dever fundamental de proteção ao menor, ultrapassando os limites dos textos anteriores que somente visavam a proibição do trabalho do menor em algumas condições ou em certa faixa etária.

Para concluir o corolário de direitos ao menor disposto na CF/88, em 13 de julho de 1990 foi positivado o diploma que regula tão somente as relações que envolvem os menores, a Lei n.º 8.069/1990, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio materializar definitivamente a tutela especial à criança e ao adolescente com normas específicas para tal tarefa e de avanço ímpar no contexto mundial.

#### 4.2 MOTIVAÇÃO DA TUTELA ESPECIAL

A tutela especial do menor tem como fundamento justamente a sua condição etária, quer dizer, devido ao fato de estar em fase de formação da sua personalidade, ele exige atenção redobrada de todos que são responsáveis.

Celso Ribeiro Bastos<sup>18</sup> justifica a tutela nos seguintes termos:

Podemos observar, pois que à criança e ao adolescente o legislador constituinte concedeu tais prerrogativas visando o seu pleno desenvolvimento dentro de um contexto apropriado e que, sem dúvida, os orienta a uma vida melhor e para uma perfeita convivência social. (...) Esta proteção baseia-se no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes (...).

André Ramos Tavares<sup>19</sup>, por sua vez, disserta que:

---

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 493.

Assim, a circunstância de falar de um “Direito do menor” tem outra significação, já que as crianças e adolescentes são necessariamente beneficiárias dos direitos garantidos constitucionais, independentemente de qualquer previsão específica nesse sentido.

(...) Realmente, a criança e o adolescente formam uma categoria de pessoas que, atualmente, é reconhecida como especial, por encontrar-se em situação difícil, resultante da sua vulnerabilidade física e psíquica. Daí a deferência que se tem ofertado a essas pessoas.

Tavares<sup>20</sup> ainda cita Antônio Carlos Gomes da Costa para relevar que os direitos humanos e fundamentais evoluíram no sentido de atribuir peculiaridades de tratamento de acordo com as particularidades próprias de cada fase da vida, o que se mostra evidentemente razoável, em face do princípio da igualdade material, que leva em conta as diferenças entre os indivíduos para poder dar o tratamento que cada um exige.

Fonseca<sup>21</sup> afirma que:

A criança, em si, deve ser enquadrada como um ser *hipossuficiente*, ou seja, aquele que, momentaneamente, não pode ou tem dificuldades de pensar ou de defender-se por si próprio. Como tal (...) sofre violência (...), seja pela ausência de uma atuação efetiva de proteção, seja pela ação indevida ou omissão de seus agentes nas áreas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. (...) A vitimização da criança deve ser vislumbrada e tratada de forma diferente daquela dos adultos, em face de sua *condição peculiar de ser em desenvolvimento e sujeito da proteção integral*. **(grifo do autor)**

A condição diferenciada do menor de idade está positivada no artigo 6º do ECA, que prescreve que sua interpretação deve levar em consideração a “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”.

---

<sup>19</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 520.

<sup>20</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 520.

<sup>21</sup> FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Crimes contra a criança e o adolescente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 11.

#### 4.3 VIOLÊNCIA CONTRA O MENOR

Ainda no esforço de justificar o dever fundamental de proteção especial e prioritária ao menor, cabe aqui algumas considerações acerca da violência contra pessoas nesta fase da vida e os resultados danosos que isto pode acarretar no ser, quando aqueles que deveriam exercer o dever de tutela corrompem a confiança do menor e o reduzem em sua sanidade física, psicológica e moral. Tal vedação à violência é justamente outra face da tutela especial, quer dizer, enquanto há o dever fundamental de garantir determinados direitos fundamentais, também há o dever de proteger o menor no sentido físico de qualquer mal que possa lhe ocorrer.

Tomaszewski<sup>22</sup> divide a violência doméstica em física, sexual, psicológica e negligência:

A **violência física** é aquela que corresponde ao uso da força física no relacionar-se com a criança ou o adolescente, seja por parte dos pais ou por quem venha a exercitar a autoridade no ambiente doméstico familiar. Tal relação está baseada no “poder” disciplinador do adulto e desigualdade adulto-criança. (...) **Violência sexual** (...) Esta modalidade é a que pode ser configurada como todo ato ou jogo sexual, em uma relação hetero ou homossexual, entre um ou mais adultos e uma ou mais crianças ou adolescentes, que tem por escopo estimular sexualmente esta criança ou adolescente, bem como utilizá-las ou utilizá-los com o fim de obter a estimulação ou prazer sexual de uma ou mais pessoas. **Violência psicológica** (...) Esta modalidade de violência se apresenta sob variadas formas, sendo também comumente designada por “tortura psicológica”, evidenciando-se como a interferência negativa do adulto sobre a criança e sua competência social, conformando um padrão de comportamento destrutivo. (...) **Negligência** (...) Normalmente, compreende-s esta modalidade de violência quando a família ou um de seus membros se omite em prover as necessidade físicas e emocionais de uma criança ou adolescente. (...) o abandono parcial ou temporário promovido pelos adultos consubstancia-se em uma das formas de negligência. (**grifo nosso**)

Tomaszewski<sup>23</sup> então saca Dalka Chaves de Almeida Ferrari para ilustrar algumas consequências da violência doméstica:

---

<sup>22</sup> TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais**. São Paulo: Paulistanajur Ltda., 2004, p. 164.

(...) a **curto prazo** (...): **TRANSTORNOS FÍSICOS; TRANSTORNOS NO DESENVOLVIMENTO DAS RELAÇÕES DE APEGO E DO AFETO (...); TRANSTORNOS NO DESENVOLVIMENTO COGNITIVO, LINGUAGEM E RENDIMENTO ESCOLAR (...)**. Como expressão de conseqüências a **longo prazo** vê-se costumeiramente: **SEQUELAS FÍSICAS; PAIS ABUSADORES NO FUTURO, num ciclo vicioso; CONDOTA DELINQUENCIAL E COMPORTAMENTO SUICIDA NA ADOLESCÊNCIA; CONDOTA CRIMINAL VIOLENTA NO FUTURO.** (grifos do autor)

Assim sendo, além da violência doméstica ferir gravemente disposições da CF/88, do ECA e incidir em crimes específicos, tais condutas afetam diretamente os direitos fundamentais à vida (artigos 5º, *caput*, e 227, *caput*, da CF/88 e artigos 4º e 7º do ECA), à saúde, à vedação de tratamento desumano (artigo 5º, inciso III, da CF/88) e, principalmente, à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CF/88).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante disto, os deveres fundamentais – que podem ser expressos ou implícitos no texto constitucional – derivam do dever geral de participação ativa na vida política por parte cidadão e têm como titulares os indivíduos, a sociedade em geral e o Estado em uma mútua relação e imprimem a finalidade de viabilização dos direitos fundamentais e da concretização da ordem jurídica constitucional em voga, no que se baseiam os instrumentais imprescindíveis à satisfação dos anseios sociais, à sustentação das instituições públicas e ao alcance do bem comum.

O trabalho considera os sujeitos integrantes, os elementos que os constituem e as possibilidades de realização da tutela especial do menor, assim como analisa os dispositivos constitucionais acerca da matéria e a proteção prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, aferindo assim que ocorre uma responsabilidade subsidiária na tutela do menor, com ordem a partir da família à sociedade a por último o Estado.

---

<sup>23</sup> TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais**. São Paulo: Paulistanajur Ltda., 2004, p. 158.

O dever fundamental de proteção ao menor ocorre por mando expresso da Constituição Federal, devido à importância do desenvolvimento sadio desta fase da vida, que pressupõe que todas as condições sejam favoráveis à formação de um cidadão responsável e que apenas traga benefícios à sociedade. Entretanto, se esse dever fundamental não for efetuado com maestria, tal negligência afeta de tal maneira o menor que grandes riscos há de criação de um problema social e, muitas vezes, de uma cabeça delinquente que pode até desaguar em criminalidade.

O estudo profundo do dever fundamental de proteção ao menor revela a necessidade de cautela na aplicação do artigo 227 da Constituição Federal, com a finalidade de evitar interpretações dúbias ou destoantes do texto constitucional, que geram ainda mais problemas na ordem social, em face da delicadeza que envolve assuntos relacionados a menores, visto que estão em situação fragilizada no seio da família – quando não órfãos ou abandonados – e carecem de atenção e tutela individualizada pela máquina estatal.

Igualmente se faz imprescindível entender a questão psicológica relacionada ao menor e quem lhe deve proteger, concernente às seqüelas que podem resultar quando o adulto de quem a criança ou adolescente espera amparo se volta contra ele e rompe a sua sanidade mediante violência, seja de qualquer espécie.

O estudo dos direitos do menor requer a assimilação dos meios pelos quais se constituem e se configuram os limites constitucionais e infraconstitucionais da tutela específica – não sendo esta apenas um direito fundamental, mas sim um direito fundamental à uma exclusiva resguarda dos direitos fundamentais comuns a qualquer ser humano, que porém exigem atenção redobrada para a sua efetivação em questão de sujeitos menores de idade –, assim como os mecanismos que dispõe o Estado para garantir a tutela jurisdicional deste bens jurídico constitucionalmente amparado e em vias de ofensa.

O menor representa figura de extrema importância ao Direito pátrio e pressupõe (visto que fase da vida onde a personalidade se forma e tudo o que o indivíduo será quando adulto tem sua origem), para a sua continuidade e natural desenvolvimento, proteção ampla e efetiva, a ser dispensada tanto pela CF/88

quanto pelos demais diplomas, sendo que, quando todos os ramos da ciência jurídica forem ineficientes na tutela, ocorrerá a tipificação da conduta como crime, na medida em que a norma penal somente pune uma conduta quando as medidas próprias de todas as categorias do Direito forem ineficazes quanto à tutela do bem jurídico em pauta.

Por conseguinte, as deliberações nesse sentido se caracterizam como indispensáveis para a criação de soluções jurídico-sociais mais compatíveis com a realidade atual, que consigam inibir a degeneração do menor, ser que deve ser socializado de fato se vítima de violência (e não meramente integrado à sociedade em piores condições psicológicas, físicas e morais do que no momento anterior sem nenhum acompanhamento) como instrumento de justiça social.

O legislador e o magistrado devem sempre se munir e viabilizar os instrumentais apropriados e condizentes com o mundo social, a fim de evitar que ocorram a destruição do menor em seu sentido mais puro de existir, que carece de toda uma gama de direitos fundamentais protetivos e um especial auxílio dos sujeitos a sua volta para assegurar que chegue à vida adulta pronto para enfrentar os anseios sociais, que se firme como ser humano e que se conheça e se complete.

Deste modo, a interpretação do dever fundamental de proteção ao menor requer ampla divagação e aplicação das mais variadas formas possíveis de realização de medidas efetivas, o que configura elemento fundamental para a criação e instituição de outros meios subsidiários e alternativos não previstos em lei, todavia condizentes com o sistema jurídico brasileiro e com a realidade social.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. **A face oculta dos Direitos Humanos: os deveres fundamentais**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Michele%20Alencar%20da%20Cruz%20Alcantara.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Crimes contra a criança e o adolescente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem. **Deveres fundamentais e a Constituição brasileira**. Disponível em: <http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/view/47/28>. Acesso em: 25 de junho de 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Separação, violência e danos morais**. São Paulo: Paulistanajur Ltda., 2004.